JACOBI FRIDERICI LUDOVICI,
J. U. D. P. P. & Fac. Jurid. Assess.

USUS PRACTICUS DISTINCTIONUM JURIDICARUM,

JUXTA

ORDINEM DIGESTORUM ADORNATUS

PARS I.

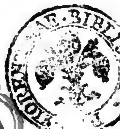
Priores XIII. Libros exhibens.

EDITIO III.

revisa & aucta

DUPLICI INDICE.





HALAE MAGDEBURGICAE
Sumptibus ORPHANOTROPHEI.

Typis JOHANNIS GRUNERI, Acad. Typ.
ANNO MDCCXVII.

ILLUSTRISSIMO
DOMINO,

DN. ERNESTO BOGISLAO de KAMEKE,

SERENISSIMI ET POTENTISSIMI REGIS BORUSSIÆ MINISTRO STATUS INTIMO,

CUBICULI REGII MAGISTRO,

SUPREMO RERUM DOMANIALIUM DIRECTORI,

RELIQUA,

DOMINO SUO GRATIOSO

FELICITATEM!

ILLUSTRISSIME DOMINE,
DOMINE GRATIOSE,



Uod de arte in genere dicere conſveverunt ſapientes, longam illam eſſe, vitam vero brevem: illud in ſpecie ad artem juris optimo jure applicari poſſe videtur. Infinita ſunt hominum negotia: infinitæ negotiorum circumſtantiæ: infinitæ etiam exinde oriuntur controverſiæ, quæ juxta

artem

artem æqui & boni, quo titulo Ulpianus jurisprudentiam insignit, singulæ trutinandæ & componendæ, cum imposſibile ſit legislatoribus quibuscunque ſingularibus negotiis ſingulares legum deciſiones adaptare. Longa itaque ars eſt, etiamſi ſolummodo ea reſpicias, quæ in arte quotidie maximam utilitatem præſtant. Longisſima vero evadit, ſi illa conſideres, quæ mere inutilia ſunt, altercationes interpretum de rebus nullius ſæpe momenti, principia erronea & leges obſoletas, quæ nec habent, nec unquam habere potuerunt vel minimam utilitatem. Conſideranda autem omnia illa ſunt, poſtquam Germania noſtra mores patrios fere ignorat, & deciſiones cauſarum controverſarum

 non

non modo ex legibus exoticis, ſed ex tot etiam gloſſis & Doctorum inter ſe diſſentientium autoritatibus atque opinionibus depromere adſueta eſt, ut hinc in arte juris mala bonis & bona malis admixta invenias. Itaque cum in nullius doctoris poteſtate poſitum ſit, ut novas leges ferat, & malo inveterato medeatur: meo quidem judicio omnibus, qui jura docere nituntur, ſummo ſtudio in id incumbendum eſt, ut bona a malis ſecernant, & quæ uſum in arte juris aliquando præſtare poſſint, quæ non, ſedulo oſtendant, neque talia proponant, quæ in ſpem futuræ oblivionis diſci dicuntur, ut deinde vix dijudicare queas, an addiſcere ea, an vero iterum dediſcere gravius & difficilius ſit. Vt ad ſcopum meum propius accedam, vul-

vulgatum quidem eſt, bene eum docere, qui bene diſtinguere novit; interim tamen plurimas quoque diſtinctiones inutiles, ut in aliis diſciplinis, ita quoque in arte juris occurrere, quis ignorat? Tentavi itaque in libello hocce, quem TIBI, ILLUSTRISSIME DOMINE, nunc humillime offero, annon & in hac diſtinctionum juridicarum materia utile ab inutili diſcerni poſſet, unde titulus libelli: *Uſus practicus Diſtinctionum juridicarum* enatus eſt. Dico, me tentaſſe: probe enim conſcius ſum exiguarum virium mearum, quæ non permittunt, ut integram materiam plene exhaurire potuerim. Quidquid vero ſit, certiſſime confido, fore, ut TU ILLUSTRISSIME DOMINE, hosce etiam conatus

meos pro innata TIBI benignitate & propensione erga illos, qui studia liberalia sectantur, gratiose respicias, quod in praesenti etiam à TE ea, qua par est, animi submissione expeto atque contendo. Servet DEVS T. O. M. TE, ILLVSTRISSIME DOMINE, quam diutissime: adsit consiliis TVIS, ut in Divini Nominis gloriam & Reipublicæ utilitatem perennem vergant. Ita voveo

Illustrissimi Nominis TUI

Cultor

humillimus

J. F. LUDOVICI



PRÆFATIO AD LECTOREM.

QUamvis cum multorum hominum ingeniis ita comparatum ſit, ut omnia ſtatim, quæ quodammodo ſaltem a veterum veſtigiis diſcedere videntur, tanqum res nullius pretii coeco impetu eliminata eſſe cupiant; plures tamen, ni fallor, hodie reperiuntur, qui in alterum extremum prolapſi, nil eruditum, imo ne lectu quidem dignum exiſtimant, niſi quod veterum Scriptorum principia non ſolum deſerit, ſed quod majus eſt, ea condemnat etiam atque refutat. Ita inter illos multos & hoſce plures paucisſimi media via, quæ ſapientem decet, incedere didicerunt. Et quod exinde profluit, nihil fere ſcribi amplius poteſt, quod non vel ab his, vel ab illis, ſi eorum guſtui non eſt accommodatum, acrem cenſuram experiatur. Hos ſcopulos mecum perpendens hæſitavi ab initio dubius, utrum præſens opuſculum de

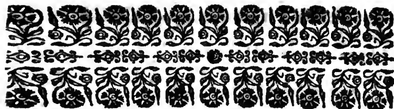
usu practico distinctionum juridicarum publicæ luci exponere consultum esset, nec ne, cum facile præviderem, me omnibus hac parte placere neutiquam posse, quin potius certissimum fore, ut diversas censuras experiretur ille labor a me susceptus, prout scilicet adfectus Lectoris diversus eundem ad diversissima etiam judicia ferenda incitare solet. Verum enim vero, cum ex altera parte considerarem, neminem hactenus ex mortalium numero repertum fuisse, cujus instituta, optima etiam, omnibus sese adprobaverint; scopulos illos, de quibus antea dixi, transcendere non adeo difficile fuit, præsertim cum mea intentio non sit, quod eruditis scribere, sed quod saltem ex necessitate illa, ad quam me officii mei ratio obstringit, studiosæ juventuti ad eo melius percipienda genuina juris principia pro viribus meis exiguis inservire velim, quem in finem etiam præsentem libellum statim ab initio publicis lectionibus destinavi, prout de hoc meo instituto Programma *de Distinctionibus Juridicis usum in foro habentibus, vel non*, ante aliquot menses in hac

Academia publice propositum; ulterius loquitur. Imo, si hoc addere permissum, & amatoribus antiquitatis, & illis, qui novis rebus indulgent, me quadantenus inserviisse puto. Usum enim practicum non ex proprio cerebro, sed vel ex ipsis legum receptarum fontibus, vel ex celeberrimorum Scriptorum operibus docere annisus sum, & sic nihil fere dixi, quod non antea jam dictum fuerit. Methodum autem novam esse, quilibet, spero, facile concedet, cum non deprehenderim, eadem, quam in præsenti elegi, via ante me quenquam incessisse: at vero præter methodum in jure aliquid mutare, non ita facile, quam quidem in aliis disciplinis licet, nisi erroneas D.D. opiniones nulli legi superstructas excipere velis. Equidem Antonius Henricus Mollenbecius, Rintelensis, J. U. D. jam olim Anno MDCLXXII. Heydelbergæ in 8. publicavit *Radices & primordia Jurisprudentiæ, sive Divisionum juridicarum Centurias III. juxta seriem Pandectarum dispositas*; sed Lector benevolus facile advertet, quod ille Autor ipsos solummodo divisionum terminos explica-

re

re animum induxerit, uſum fori autem vel in paucisſimis, vel plane non attigerit. Fuiſſent quidem, quæ & circa has terminorum expoſitiones ab eo adlatas moneri potuiſſent; ſed labor nimium excreviſſet, & ſimul, quod maximum erat, a ſcopo lectionum mearum publicarum abluſiſſet, quippe in quibus Auditoribus meis practicam ſaltem applicationem oſtendere, ea vero, quæ ſubtilia videbantur, ſequeſtrare & in tempus magis commodum | reſervare volebam. Ut ergo B. L. juxta hanc meam intentionem præſentem laborem æſtimare velit, eſt quod obnixe rogo. Dabam in Academia Fridericiana d. XXIIX. Decembr. MDCCII.





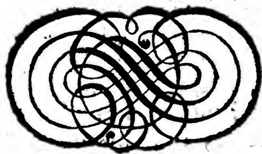
PRÆFATIO

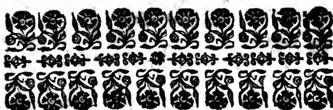
SECUNDÆ EDITIONIS.

SEptem fere anni elapsi sunt, postquam præsentem librum de usu practico distinctionum juridicarum prima vice publici juris feci. Postquam vero jam ab aliquo tempore exemplaria distracta fuerunt, ego autem tum in Doctrina Pandectarum ante annum publicata, tum in supplementis meis ad Compendium juris Lauterbachii subinde ad huncce distinctionum usum practicum provocavi; hinc necessitas efflagitavit, ut prelo ille denuo committeretur.

Nata

Nata hinc eſt ſecunda hæc Editio, quam vides benevole Lector, in aliquibus locis aucta & vere emendata, prout collatio prioris Editionis oſtendet. Vtere ergo & hac editione, benevole Lector, & ſtudiis noſtris porro fave. Dab. Halæ d. XXIV. Sept. MDCCX.





INDEX PRIOR

Titulorum

in hoc tractatu occurrentium secundum seriem Alphabeticam.

A.



H.

I.

De

N.

O.

P.

De

Q.

R.

U. De

U.

INDEX POSTERIOR

rerum præcipuarum.

Numerus primus librum; secundus titulum; tertius distinctionem denotat.

Abolitio.

ſtitutam XIlX. 4, 4. *hypothecaria* propter pignus non datur XX. 1, 4. *Serviana* a quaſi Serviana in effectu non differt ibid. 6. Actio *tutelæ* diſtincta eſt ab actione de rationibus diſtrahendis XXVll. 3. 1. diſtincta eſt ab interdicto XLlll. 1, 1. diſcrimen inter actiones civiles & prætorias XLlV. 7, 5. judicium de diſtinctione inter actiones utiles directas & in factum XLlV. 7. 6. Quæ actiones mixtæ dicantur? ibid. 7. finium regundorum datur contra tertium poſſeſſorem ibid. An nativæ differant a dativis ib. 8, differentia inter actiones directas & contrarias ibid. 9. quomodo differant actiones ſimplices a duplicibus? ibid. 10. Univerſales genarales a ſingularibus ibid. 11. petitoriæ a poſſeſſoriis ibid. 12. quædam actiones poenales intra annum non exſpirant ibid. 13. pœnales non dantur contra heredes ibid. diſcrimen inter actiones bonæ f. & ſtricti juris ib. 14. quænam dicantur arbitrariæ ibid. 15. diſtinctæ ſunt ab actionibus b. f. ibid. quid interſit inter actiones popalares & iudicia publica XL VII. 1, 1.

Addictio in diem.

Semper ineſt venditionibus fiſcalibus XIlX. 1, 2. in emtione regulariter non ſubintelligitur ib. differentia inter addictionem ſub conditione reſolutiva & ſuſpenſiva factam ibid. 3. verbis directis contractui adjecta venditori facultatem tribuit rem vindicandi ib. 4.

Adjunctio.

Diſtincta eſt a ſpecificatione XLI, 1, 3.

Ado-

Adoptio.

Alu-



B.

C.

Ca-

Casus fortuitus.

Discrimen inter casum insolitum & insolitissimum XIII. 6, 11. Eam venditor ferre tenetur in addictione in diem sub conditione suspensiva facta XIIX. 2, 3.

Causa.

Judicium de distinctione inter causam turpem & iniustam XII. 5, 1.

Cautio.

Fidejussoria olim tantum admittebatur II. 3, 1. quænam hodie petatur? ibid. quinam ad juratoriam admittantur ibid. an differentia sit inter judicialem & extrajudicialem, civilem & prætoriam? ibid. 2. de non offendendo, peti potest propter denunciatas minas IV. 2, 3. prætoria interponitur in vero usufructu VII. 5.

Cautio Mutiana.

Quando præstetur? XXXV. I, 8. quandoque ei non est locus ibid. ab ea differt alia cautio in legato præstanda ibid. 11.

Cenotaphium.

Quomodo differat a sepulchro? XI. 7, 5.

Cessionarius.

Actione utili agens ad reconventionem respondere non tenetur XIIX. 4, 4. actionem directam instituenti omnes exceptiones opponi possunt ibid. semper experiri debet actiones utili ibid.

Cessio nominis.

Differt a delegatione XLVI. 2, 3.

Cho-



Commendatio.

Differt a mandato XVII. *1, 4.* commendatio mercatoris est instar mandati ibid.

Compensatio.

Differentia inter perpetuam & temporalem XVI. 1, 1. species certa cum quantitate nequit compensari ibid. quomodo differat propria ab impropria ibid. 3.

Computatio graduum.

Discrimen inter computationem civilem & canonicam XXIII. 2, 4. civilis in omnibus causis præter matrimoniales locum habet ibid.

Competentiæ beneficium.

Eo gaudet filius intuitu peculii castrensis XV. 1, 1. fruuntur illo socii inter se XVII. 2, 1. aliquando socius illud amittit cessione nominis a creditore facta XIIX. 4, 4.

Commixtio.

Fit in rebus siccis & aridis XLI. 1. *5.* non semper inducit communionem ibid.

Commodatum.

Pro diversitate casus in eo præstatur lata, levis vel levissima culpa XIII. 6. 1. solius commodantis gratia regulariter celebratur ib. impensæ modicæ in rem commodatam factæ non repetuntur XXV. 1, 2.



Conditio.

Deficiens annihilat actum XII. 4. turpis vel impossibilis sponsalibus adjecta an obliget XX. 1, 3. expressa suspendit obligationem in legatis XXXV. 1, 1. sub tacita conditione relictum legatum transmittitur ibid. quaenam dicatur potestativa? XXXV. 1, 2. nulla conditio adscribi potest legitimae ibid. 2. discrimen inter conditionem casualem & potestativam ibid. quaenam mixta dicatur? ibid. 3. non datur conditio potestativa pure talis ibid. an potestativa distincta sit a mixta? ibid. testamentis adjecta quando existere debeat? ibid. 4. impossibilis in ultimis voluntatibus pro non adjecta habetur? ibid. effectus turpis conditionis negative conceptae ibid. 5. impossibilis natura negative concepta non vitiat negotium ibid. quaenam dicatur difficilis? *XXXV.* 1, *6.* difficilis semper adimplenda est ibid. conditio non faciendi legatum haud suspendit ibid. 7. perplexa dispositionem semper vitiat ibid. 8. differentia inter conditionem & diem ibid. 9. res tradita deficiente conditione vindicari potest ib. 11.

Confraternitas.

Locum habet tantum inter personas illustres *XILX.* 4, 2.

Confessio.

Judicium de discrimine inter confessionem in jure & judicio factam *XLII.* 2, *1.* extraiudicialis num habeat effectum acceptatione ad-

turalia ejus per pacta possunt mutari ib. num læsio enormissima eum ipso jure nullum reddat XIIX. 5, 1. quinam dicantur irregulares XIX. 3. innominati regulares non distincti sunt ab irregularibus ibid. num vitientur conditione natura impossibili XXXV. 1, 5.

Consistorium.

Judicat in causis ecclesiasticis V. 1, 2. consistoria num absolutæ necessitatis sint ib.

Contestatio litis.

Differentia inter veram & quasi litis contestationem V. 1. 10. differt solennis a minus solenni ib. 11. generalis non ubique admittitur ibid. 12. discrimen inter affirmativam & negativam ib. 13. eventualis exceptionibus dilatoriis annectitur in Saxonia, ib. 14.

Contestatio.

Distinguitur a juramentis XII. 2, 14. ei contraveniens pro perjuro non habetur, ibid.

Constitutum.

Possessorium, quid sit? XIII. 5, 1. constituit creditorem in possessione ibid. obligatorium, quomodo differat a stipulatione & fidejussione ibid. in constituto possessorio occurrit traditio brevis manus XLI. 1, 9.

Copiæ.

Quandoque nanciscuntur vim probandi XXII. 4, 6.

4, 6. an copia vidimata differat ab auscultata ibid. vidimatæ semiplene probant ib.

Copulatio sacerdotalis.

Moribus nostris ad essentiam matrimonii spectat *XXIII.* 2, 5.

Crimina.

An hodie adhuc sit differentia inter crimina ordinaria & extraordinaria.

Culpa.

An differentia sit inter culpam omissionis & commissionis *XIII.* 6, 6. judicium de culpa malitiæ & ignaviæ ibid. 7. regulæ de ejus præstatione ibid. 8. levissima præstatur in damno dato ib. judicium de Struvii doctrina in ejus præstatione ib. differentia non intercedit inter latam & latiorem ib. 9. discrimen inter culpam in concreto & abstracto consideratam ibid. 10. levissima præstatur in locatione operarum *XIX.* 2, 1.

Cura.

Cura legitima non datur XXVI. 6, 1. ad curam bonorum nemo cogitur XLII. 7, 1. cura minorum est munus publicum ibid. quibus cura bonorum possit committi? ibid.

Curatores.

Res fiscales conducere non possunt *XIX.* 2, 5. in quibus differant a tutoribus? XXVII. 10, 1. quinam judex eos constituat? ibid. hodie minoribus etiam invitis dantur. ibid. diffe-

 ren-

rentia inter curatores bonorum & minorum XLII. 7, 1. ab eis differunt contradictores ibid. 2.

D.

Delegatio.

Distincta est a novatione XLVI. 2, 2. discrimen inter delegationem & cessionem ibid. 3.

Delicta.

Differentia inter delicta ecclesiastica, secularia & mixta XLVII. 1, 1. in delictis mixtis praeventioni est locus ibid. quomodo differant nominata ab inominatis? ibid. 2. quid intersit inter vera & quasi delicta? ibid. 3. definitio publicorum delictorum ibid. 4. in privatis quandoque actio datur adversus heredes ibid.

Decretum.

Remedio suspensivo contra illud est utendum I. 4, 1.

Depositum.

Discrimen inter regulare & irregulare XVI. 3, 1. judiciale differt ab extrajudiciali ibid. 2. in deposito miserabili agitur ad duplum de jure Romano ibid. 3. differentia inter voluntarium judiciale & necessarium ibid. 4. quando decerni possit judiciale necessarium? ibid. juris, distinctum est a deposito facti ibid. 5.

De-

men inter dolum bonum & malum ibid. 3. præsumtus differt a vero ibid. 4. propter dolum ex proposito actus est nullus ibid. 5. quid sit dolus ex re? ibid.

Domicilium.

Forum domicilii est generale V. 1, 16. hodie non intercedit differentia inter domicilium originis. & habitationis ibid. 17. commune hodie non habemus ibid. 18. discrimen inter voluntariam & necessarium ibid. 19.

Donatio.

Propter nuptias donatio continet communiter duplicatas dotis usuras XXIII. 3. 5. quomodo differat a dotalitio? ibid. absoluta quandoque actis insinuari debet *XXXIX.* 5, 1. remuneratoria judiciali insinuatione non indiget ibid. ex quibus causis absoluta revocari possit ibid. remuneratoria inter conjuges prohibita non est ibid. remuneratoria tutori non est prohibita ibid. in donatione mortis causa solennitates requiruntur *XXXIX.* 6, 1. donatio inter vivos dat jus præsens ibid. donatio mortis causa semper revocari potest. ibid. donatio inter vivos requirit judicialem insinuationem ibid. Morte confirmata distincta est a donatione mortis causa ibid. 12. invalida morte confirmatur donantis ibid. morte confirmata judiciali insinuatione indiget ibid.

Dos

Dos.

Dotalia bona.

Dotalitium.

E.

Effestucatio.

Emancipatio.

Emphyteusis.

phyteusin VI.3,1. discrimen inter emphytheusin hereditariam & ex pacto & providentia ib. 2. distincta est a superficie XLIII. 18, 1. amittitur, canone non soluto per triennnium ibid.

Emtio.

Differentia inter oeconomicam & negotiatoriam emtionem XVIII. 1, 1. oeconomicam mulier sine curatore celebrare potest ibid. discrimen inter emtionem in scriptis & sine scriptis factam *XVIII.* 1, 2. spei emtio est pura non aeque rei speratae ib. 3. in emtione modificative facta periculum emtoris est ibid. 4. differt a pacto de emendo ibid. 6.

Error.

Differentia inter errorem ex parte solventis & accipientis intercedentem *XII.* 6, 4. discrimen inter errorem & ignorantiam *XXII.* 6, 1. ex juris errore solvens condictionem non habet ibid. vid. *ignorantia.*

Excusatio.

Quid sit necessaria? *XXVII.* 1, 1. differt a voluntaria ibid.

Exceptio non numeratae pecuniae.

Intra quod tempus a debitore & creditore sit opponenda XII. 1, 3. ab ea differt exceptio non numeratae dotis ibid. 4. excluditur per renunciationem in peculiari schedula factam ibid. 5.

Exceptio.

Leges eam facilius concedunt quam actionem XXII. 6, 1. quid sit exceptio facti XLIII. 1, 1. discrimen inter exceptionem iuris & facti ib. usus est nullus distinctionis inter exceptiones iuris & facti ibid. an nominatæ differant ab innominatis? ib. 2. quid intersit inter exceptiones civiles & prætorias. ibid. 3. dilatoriæ exceptiones ante L. C. sunt opponendæ ibid. 4. peremtoriæ quandoque etiam ante L. C. opponuntur ibid. differentia inter exceptiones reales, & personales ibid. 5.

Exercitoria actio.

Distincta est ab institoria XIV. 1, 1. datur contra exercitorem ex facto magistri substituti ibid.

Exheredatio.

Liberorum, sine consensu parentum contrahentium matrimonium permittitur de iure Saxonico XXIII. 2, 6.

F.

Ferruminatio.

Differt ab ad plumbatura XLI. 1, 4. per eam materiarum fit confusio ibid.

Fideicommissarius.

Est successor iuris XXXI. fiduciarium cogere potest ad hereditatem ad eundam ibid.

Fi-



ad

ad proprietarium ibid. 6. percepti ſpectant ad venditorem ibid. quis percipiat pendentes in fundo dotali poſt matrimonii ſolutionem? ib. differentia inter perceptos extantes & conſumtos ib. 7. de percipiendis etiam tenetur mal. f. poſſeſſor ib. 8. diſcrimen inter fructus demonſtrative & reſtrictive legatos XXX. 1.

Fundus.

Differentia inter fundum inſtructum & cum inſtrumento legatum XXXIII. 7. 1.

Furtum.

Furti actio hodie non eſt in uſu XIII. 1. 1. differentia inter furtum conceptum & alias furti ſpecies XLVII. 2. 1. quomodo differat manifeſtum a non manifeſto? ibid. 2. quid ſit domeſticum ibid. 3. domeſticum pœna laquei non punitur ibid. diſcrimen inter furtum nocturnum & diurnum ibid. 4. differentia inter furtum magnum & parvum ibid. 5. qualificatum pœna laquei punitur ibid. 6. ob primum furtum pœna laquei non dictatur ib. 7. propter furtum uſus & poſſeſſionis ordinatia pœna locum non habet ibid. 8.

G.

Ganerbinatus.

Eius origo XIIX. 4. 2. quænam pacta ganerbinatus inire poſſint? ibid.

Gera-

est

Instrumentum.

Discrimen inter publicum & quasi publicum XXII. 4, 1. publicum plenam meretur fidem ib. 2. privatum ante recognitionem non probat ibid. publicum tribuit jus prælationis. ib. quandoque instrumentum privatum non est sufficiens ibid. in instrumento à notario confecto certæ solennitates sunt adhibendæ ibid. 3. in privato subscriptio quandoque non est necessaria ibid.

Judicium.

An differentia sit inter rescindens & rescissorium? IV. 2, 5. discrimen inter publicum & privatum V. 1, 1. quænam causæ spectent ad ecclesiasticum judicium? ibid. 2. simplex differt à duplici ib. 3. reale à personale ibid. 4. possessorium, tribuit tantum jus temporarium V. 1. 5. remedia suspensiva admittuntur in petitorio ibid. differentia inter universale & singulare ibid. 6. criteria judicii summarii ib. 7. in præparatorio agitur summarie. ibid. 8. discrimen inter petitorium & possessorium judicium XLIII. 1, 3.

Jus.

Differentia inter jus divinum & humanum I. 1, 3. scriptum non debet probari I. 1, 1. usus distinctionis inter jus in re & ad rem I. 8, 1.

Jus accrescendi.

Heredibus semper competit ex lege XXX. 3. legatariis non competit nisi conjunctis in una re ib.

Juramentum calumniæ.

Legatum.

Sub modo relictum modo non impleto repetitur XXXV. 1, 11. causa & demonstratio falsa id non vitiat ibid. 12. quandoque ei nocet falsa causa ibid. si dies cessit, debetur XXXVI. 2, 1. quando dies cedat in legato puro? ibid.

Legatarius.

In testamento nuncupativo potest esse testis XXIIX. 1, 2. in codicillo non potest esse testis XXIX. 7, 1. legatum sine omni onere percipit XXX. 1. heredem ad hereditatem adeundam cogere non potest ibid. quomodo divisio fiat inter legatarios realiter vel verbaliter conjunctos? ibid. 4. an conjuncti sui deficientis onus teneatur agnoscere? ibid. sub modo relictum, modo non impleto, repetitur XXXV. 1, 11.

Lex.

Scripta differt a consuetudine I. 3, 1. quid Romanis legis nomine venerit? I. 4, 2.

Legitima portio.

Literis illegitimis non debetur I. 5, 6. relinquenda non est ex peculio castrensi vel quasi XV. 1, 1. nullo onere potest gravari *XXXV.* 1, 2.

Legitimatio.

Fit variis modis I. 9, 1. quomodo differat legitimatio a principe facta ab aliis modis? ibid. 2. sqq.

Locatio.

Ludi.

M.

Magistratus.

Mandator.

Mandatum.

Matrimonium.

ter

Mis-

Missio in possessionem.

Monstrum.

Mora.

Morgengaba.

Mulieres.

Munera.

Mutuum.

N. No-

N.

O.

Obligatio.

Obtestatio.

Originalia.

Ostentum.

P.

Parricidium.

Paraphernalia bona.

Pasquillus.

Differt ab injuria ſcripta *XLVII.* 10, 3. num ad ejus eſſentiam requiratur nominis occultatio ibid.

Pactum.

Nudum etiam hodie producit obligationem firmam II. 14, 1. diſcrimen inter iudiciale & extraiudiciale pactum ibid. pacti de emendo effectus XVIII. 1, 6. pactum de retrovendo differt a jure retractus ibid. 11. effectus pactorum venditionem reſolventium ex tunc & ex nunc XIIX. 2, 1. pacta acquiſitiva de hereditate licita ſunt inter perſonas illuſtres XIIX. 4, 2. pacta dotalia ſimplicia ſine teſtibus ſubſiſtunt non mixta XXIII. 4, 1. mixta pacta dotalia ſunt revocabilia ibid.

Patria poteſtas.

In liberos illegitimos non exercetur. I. 5, 6.

Paterfamilias.

Eius iura peculiaria I. 5, 5.

Peregrini.

Num diverſa a civibus jura habeant? I. 5. 4. in locis quibusdam ad officia publica non admittuntur ibid.

Perduellio.

Diſcrimen inter crimen perduellionis & læſæ majeſtatis XLIIX. 4, 1. conatus in illa etiam poena ordinaria punitur ibid.

Petu-

Peculium.

In castrensi filius habetur pro patrefamilias XV. 1, 1. in adventitio irregulari filius consentiente patre agit. ibid. de adventitio regulari inter patrem & filium lis esse non potest: ibid. de castrensi filius potest testari ibid. profectitium in legitimam computatur ibid. profectitium tantum confertur ibid. in adventitio irregulari pater est nudus administrator ib: circa fin. usumfructum ex adventitio habens ad omnes impensas tenetur *XXV*. 1, 2.

Permutatio.

Non differt à contractu innominato do ut des; XIX. 3, 1.

Pictura.

Tabulæ non cedit XLI. 1, 7.

Pignus.

Legale distinctum est a conventionali *XX*. 1, 1. legale expresse a legibus conceditur ibid. nihil interest inter legale purum & mixtum ib. 2. an hodie judiciale differat a prætorio? ib. 3, distinguitur ab hypotheca ib. 4.

Plantatio.

Differt ab insitione. XLI. 1, 6.

Poena.

Conventionalis etiam ab heredibus exigitur non legalis XLIIX. 19, 1. criminalis ex officio imponitur non civilis ib. 2, differentia inter pœnam capitalem & non capitalem ib. 3.

Posses-

Præscriptio.

An distincta sit ab usucapione? XLI. 3, 1.

Præsumtio.

Hominis & juris, admittit probationem in contrarium XXII. 3, 5. juris præsumtio immediate ex lege descendit ibid.

Prætores.

Eorum edicta vim legum habebant XXXVII. 1, 2.

Prævaricatores.

Quomodo puniantur? XLIIX. 16, 1. quinam hodie ita dicantur? ibid.

Prædia rustica.

Locatio in iis ad annum renovata præsumitur vel etiam ad longius tempus XIX. 2, 4.

Prætor.

Præscribebat olim formulam agendi XIII. 4, 1.

Procurator.

Facta principalis præstat dominus non substituti III. 3, 1. differentia inter verum & quasi procuratorem ibid. 2. quinam quasi procuratores esse possint? ibid. differt ab advocato ib. 3. an invitus compellatur ad officium præstandum ibid. distinguitur a defensore ibid. 4. an differentia sit inter procuratorem cum libera & sine libera, III. 3, 5. in rem alienam procurator non percipit commodum litis ibid.

Q.

Quanti minoris actio.
vid. *Aestimatoria actio.*

Quarta Falcidia.
Deducitur in legatis XXVI. 1, 1. quaenam in eam imputentur? ibid. ex quibus causis detrahi non possit? ibid.

Quarta Trebellianica.
Deducitur in fideicommissis universalibus XXXV. 1, 1. in eam omnia imputantur ib. quandoque detractio ejus cessat ibid. in eam computatur mortis causa capio XXXIX. 6, 3.

Querela inofficiosi.
Non instituta ad heredes non transmittitur XXIIX. 3, 1.

R.

Receptitia bona.
Propter illa uxor privilegium non habet in concursu creditorum XXIII. 3, 4. vindicari non possunt a marito ibid.

Redhibitoria actio.
Quando locum habeat? XXI. 1, 1. in ea agitur ad contractus rescissionem ibid. praescribitur intra sex menses ibid.

Re-

minor 25. annis eam petens probare tenetur læsionem IV. 4, 1. veniam ætatis impetrantibus datur usque ad annum 25. ibid. 3. a quo tempore ecclesiæ aliisque collegiis restitutionis quadriennium currat? ibid. 4. vere & ficte absentibus datur IV. 6, 1. propter absentiam ordinariam non conceditur ibid. 2. quandoque datur ob vituperabilem absentiam ibid. 3. minori super contractu juranti non conceditur XXVI. 6, 6.

Retentionis jus.

Retentio abusive vocatur compensatio XVI. 2, 1.

Retractus jus.

Distinctum est a jure προθιμήσεως XVIII. 1, 10. differt a pacto de retrovendendo ibid. 2. ex lege ipsa competens effectum habet etiam post traditionem rei ibid. 12. ex pacto competens potest cedi ibid. habens illud ex pacto ante traditionem rei intervenire debet ibid.

Reus.

In quibus differat ab actore? V. 1, 15.

Reukauff.

Refertur inter pœnas conventionales XLIIX. 19, 1.

Sepultura.

Differentia inter honeſtam & inhoneſtam XI. 7, 1. quinam ab honeſta excludantur ibid. minus ſolennis diſtincta eſt ab inhoneſta ibid. 2. quinam aſinina afficiantur ſepulturaꝫ XI. 7, 3.

Sepulchra.

Diſcrimen inter hereditaria & familiaria XI. 7, 4. differunt a cenotaphiis ibid. 5.

Sequeſtrum.

vid. *Depoſitum.*

Servi.

Ignoti ſunt Germanis in ſenſu juris Romani I. 5, 3.

Servitus.

Diſcrimen inter realem & perſonalem IX. 1, 1. ruſtica, tempore immemoriali acquirtur ibid. 2. urbana, quomodo amittatur ibid. differt affirmativa a negativa ibid. 3. affirmativa, an ſolo non uſu amittatur? ibid, differentia inter ordinariam & anomalam ſervitutem ib. 4. patientia & exercitium eſt loco traditionis in ea XLI. 1, 9.

Serviana actio.

vid. *Actio.*



ſtina ſunt duplicis generis ibid. clandeſtina, quæ parentum conſenſu deſtituuntur ſunt nulla ibid. in puris ſponſalibus pœnitere non licet ibid. 3. in conditionalibus eventus exſpectari debet ibid. ſub conditione turpi vel impoſſibili contracta num obligent? ibid. 3. ea contrahere poteſt minor ſine curatorum conſenſu XXVI. 6.

Sponſalitia largitas.

Quid ſit? XXIII, 1, 4. an ſit reſtituenda matrimonio non ſubſecuto ibid.

Statuta civitatis.

Cives & incolas obligant L. 1, 1. quinam eis non obſtringantur? ibid.

Stipulatio.

Inter ſtipulationes prætorias & judiciales differentia XLV. 1, 1. quid interſit inter ſtipulationem dandi & faciendi ibid. 2.

Stuprum.

Infanti illatum pro violento habetur XXVI. 1, 4. differt a fornicatione XLIIX. 5, 2. ſtuprum paſſa exheredari non poteſt ib. liberi ex eo procreati dicuntur naturales ibid. violentum in meretricem non committitur ibid. violentum gladio punitur. ibid. 3.

Sub-

Substitutio.

Discrimen inter vulgarem & pupillarem substitutionem XXIIX. 6, 1. ubi quasi pupillaris locum habeat? ibid. 2. militis substitutio subsistit, licet sibi non fecerit testamentum ibid. 3. militaris vocatur privilegiata ibid.

Superficies.

Differt ab emphyteusi intuitu emolumentorum XLIII. 18, 1. non amittitur ob solarium non solutum intra certum tempus ibid.

Syngrapha.

Conficitur in contractibus bilateralibus XXII. 2, 4. distincta est chirographo ibid.

Syndicus.

Quomodo differat a procuratore? III. 4, 1. an sit instar procuratoris cum libera ibid.

T.

Tergiversator.

Quis dicatur? XLIIX. 16, 1. quomodo olim fuerit punitus? ibid.

Testa-

Testamentum.

Insinuari potest coram judice incompetente II. 1, 1. quando dicatur nullum? V. 2, 1. differentia inter querelam testamenti inofficiosi & nullitate laborantis ibid. in totum evertitur per fratrum querelam ibid. 3. publicum, nullos desiderat testes XXIIX. 1, 1. in privato multæ solennitates requiruntur ibid. discrimen inter testamentum privatum scriptum & nuncupativum XXIIX. 1, 2. an relativa heredis institutio in testamento nuncupativo fieri possit? ibid. invalidum quodnam dicatur? XXIIX. 3, 1. quomodo rumpatur? ibid. impedimento juris superveniente fit irritum ibid. quando dicatur destitutum? ibid. nullum, intra 30. annos impugnari potest ibid. militis in acie factum testamentum sine solennitatibus subsistit XXIX. 1. in castris conditum duos requirit testes ibid. in hybernis confectum sine solennitatibus non valet ibid. jocus in iis non præsumitur XXXV. 1, 4.

Testes.

Inhabiles admittuntur pro defensione rei V. 1, 15. in possessorio summariissimo de habilitate eorum non disputatur XXII. 3, 2. a notariis adhibiti, an subscribere debeant instrumentum XXII. 4, 5. discrimen inter testem idoneum & omni exceptione majorem XXII. 5, 1.

Trans-

Transactio.

Super delictis capitalibus permissa est II. 15, 1. in non capitalibus transigens pro confesso habetur ibid.

Traditio.

Discrimen inter nudam & non nudam traditionem XLI. 1, 8. vera distincta est a ficta traditione ibid. 9. quid sit traditio brevis manus? ib. symbolica, quomodo fiat? ibid. tribuit jus reale ib.

Transsumtum.

Quomodo differat a protocollo? XXII. 4, 5.

Trebellianica.

vid. *Quarta Trebellianica.*

Tributoria actio.

Differentia inter actionem ex contractu ex dolo domini vel patris orientem XIV. 4, 1.

Tutores.

Conducere possunt res privatas non fiscales XIX. 2, 5. hodie omnes opus habent confirmatione XXVI. 1, 1. eos ad diem magistratus non constituit, ibid. honorarii, sunt reliquorum inspecto-

specto-

ſpectores ibid. 3. honorarii quandoque ad damnum reparandum tenentur ibid. honorarii quandoque auctoritatem interponere poſſunt ibid. 3. ab omnibus tutoribus exigitur ſatisdatio XXV. 2, falſi tutoris heredes conveniri non poſſunt XXVII. 5. differunt a protutoribus ibid. fideiuſſores eorum non gaudent beneficio diviſionis ibid. conſtituuntur a judice domicilii pupilli XXVII. 10, 1.

Tutela.

Differentia inter tutelam teſtamentariam legitimam & dativam XXVI. 1, 1. an differat teſtamentaria tutela ſimplex a confirmata ibid. 2. diſcrimen inter legitimam tutelam ordinariam & extraordinariam XXVI. 6, 1. quatenus in ejus diviſione contutores obligentur? ib. 2.

V.

Vectigalia.

Ad eorum conductionem quandoque quis cogi poteſt XIX. 2, 5. tutores & curatores ea conducere non poſſunt ibid. ea conducens habetur pro patrefamilias ibid.

Venditio.

Sine ſcriptura etiam ſubſiſtere poteſt XVIII. 1, 2. quid interſit inter venditionem demonſtrative & reſtrictive celebratam? ib. 4. quid ſit

Usu-



Usurarii.

Usuræ.

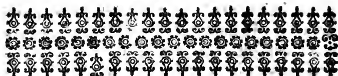
Usucapio.

Vindicatio.

Vis.

Uxor.





Q. D. B. V.

Usus Practicus Distinctionum juridicarum.

juxta

Ordinem Digestorum.

LIBRI I. TITULUS I.

DE JUSTITIA ET JURE.

DISTINCTIO I.

Inter justitiam *universalem & particularem.*



Rima hæc communiter in Compendiis & Systematibus iuridicis sub praesenti Titulo deprehenditur iuris distinctio, cum qua alia inter *jus perfectum & imperfectum*, sive virtutem, (prout quidam loqui malunt,) coincidere videtur, quam Pufendorfius aliique DD. morales adhibere fueverunt. Justitia enim uniuersalis officia *amoris*,

particularis vero officia *debiti* inculcat, ad priora autem illa ius perfectum, id est, cum coactione conjunctum, non competit, sed imperfectum saltem, h. e. pudori cuiuslibet relinquitur, an eadem praestare velit annon, quo refero officia humanitatis, suppeditationem eleemosynarum, &c. unde pauper ob denegatum subsidium charitativum actionem contra divitem denegantem instituere non potest. Amor enim coactus amoris naturam statim amittit. Usus hujus distinctionis circa quæstionem: *quanam ex duobus illis Justitiæ Speciebus Jurisprudentiæ finis sit?* praecipue sese exerit. Siquidem scire oportet iudicem, quinam officii ejus sint limites, ne vel aliquid omittat, quod faciendum, vel aliquid faciat, quod omittendum erat. Duæ autem hic sese offerunt opiniones. Nonnulli, inter quos Lauterbachius, Justitiam uniuersalem Iurisprudentiæ finem esse existimant: alii contra pro Justitia particulari pugnant, quibus Dn. Hoppius accedit, & quorum sententiæ nos etiam calculum nostrum adjicimus. Frustraneus quippe habetur finis, ad quem consequendum congrua remedia non prostant. At vero iudici qua tali, id est, quatenus iubet & punit, remedia homines vere virtuosos reddendi non suppetunt, sed eô est contentus, modo subditi actiones externas legum praescripto conforment, quamuis hæc conformatio ex animo virtuoso non procedat. Optat equidem probus Judex, ut omnia, quæ fiunt a sub-

subditis, ex animo virtuoso proficiscantur, impedimenta quoque externa removet; sed remedia, quibus hoc votum suum praecise obtineri possit, ipsi deficiunt. Unde judices falcem in alienam messem mittere eaque sibi arrogare non debent, quae ad forum Philosophicum, vel Theologicum pertinent; Theologi contra & Philosophi ea, quae ad judicia externa pertinent, non involvent.

DISTINCTIO II.

Inter justitiam *distributivam* & *commutativam*, item: inter proportionem *Geometricam* & *Arithmeticam*.

Æque frequens haec est, ut praecedens, non tamen aeque clara, nec aeque utilis. Nondum enim inter se conveniunt DD. quomodo utraque justitia definienda sit. Multi ad distributivam referunt distributionem munerum, honorum & poenarum criminalium jure humano statutarum, proportione geometrica faciendam: ad commutativam vero res privatorum vi praecedentium contractuum distribuendas, item poenas civiles & criminales jure divino dictatas, & hic proportionem arithmeticam observandam esse dicunt, v. Hopp. *comm. ad pr. J. de J. & J.* late Struv. *S. I.C. Ex* 1. *th.* 19. *seqq.* Jac. Thomas. *Phil. Pract. Tab. XXIII. & XXIV.* Pufendorffius contra & distributivam & commutativam ad civium con-

tractus refert, & distributivam quidem in societatis contractu adesse dicit, *lib.* 1. *de J. N. & G. c.* 7. §. 9. Hugo Grotius *de J. B. & P. l.* 1. *c.* 1. *p.* 8. Justitiam attributricem suam & expletricem substituit, & hic disputant, an expletrix cum Aristotelis commutativa, attributrix vero cum distributiva conveniat? quod negat Thomas. *loc. cit. ibique in not.* Alii in societate æquali proportionem arithmeticam admittunt, intuitu inæqualis autem inter medium inveniendi & inventum applicandi distinguunt. Simon *in not. ad d. Grotii loc. verb.* Proportione comparala. Vides, incerta esse omnia. Prout vero nulla adest certitudo, ita quoque nulla utilitas huius distinctionis deprehenditur. Provoco ad omnes iudices & Advocatos, an hæc distinctio illis unquam vel minimum usum in decidendis, vel perorandis causis præstiterit? Justa quoque manebit sententia juxta Leges concepta, licet Judex interrogatus respondere nesciat, quam iuxta proportionem eandem conceperit. Nec ergo multum operæ impendere necesse habebit juris cultor, ut hanc proportionem sibi sollicite imprimat.

DISTINCTIO III.

Inter Ius *divinum* & *humanum*.

HAnc utilissimam esse nemo negabit. Princeps legibus a se latis non obligatur, bene tamen divinis, quorsum refero, quod ad ser-

servanda pacta cum subditis inita, quas Leges fundamentales vocant, sit obligatus, quia jus divinum, naturale pariter & revelatum, pacta servanda esse inculcat. Ex quo porro deducitur, Principem non posse talia subditis suis iniungere, quae Legi divinæ aduersantur, sed tunc locum habere illud: *Deo magis obediendum, quam hominibus.* Denique in materia dispensationis pœnarum & nuptiarum huc unice respiciendum est. Potest Princeps dispensare circa pœnas jure humano statutas, non quae ex divino profluunt, unde pœnam homicidii indispensabilem esse recte asseritur propter tam evidentem textum *Genes. 9. v. 6.* repetitum in N. T. *Matth.* 26. *v.* 52. Neque nuptias in illis gradibus contrahendas permittere iure poterit, quæ Deus ter O. M. *Levit. 16.* prohibuit. Unde errat Carpzovius *Jpr. Eccl. l. 2. Def. 99.* putans, matrimonium in gradu secundo lineæ inæqualis contractum (de facto) non rescindi, ob *Lev.* 18. *in f.* ubi dicitur: Sie sollen ausgerottet werden. Idem enim esset, ac si in Rep. subditus circa Legem a Principe promulgatam sibi potestatem dispensandi sumere vellet. Quid ergo dicendum de Pontificibus, quibus potestatem supra omnia & contra omnia & facultatem contra ipsum jus divinum dispensandi tribuunt eorum adulatores? v. Reinking. *de regim. secul. & eccles. l. 1. class. 2. c. 4. n. 50. seqq.* & *Disp. nostr. de iudice in caus. Princ. protest. matrim.* §. *VII.*

DISTINCTIO IV.

Inter jus *naturæ* & *positivum universale*.

QVæ hic ad historiam pertinent, summatim recensuimus in *Delineatione Historiæ juris naturalis & positivi universalis*. Ceterum ad id prodest adlata distinctio, ut imbecillitatem rationis nostræ sibi relictæ eo melius agnoscamus atque Deo ter O. M. pro revelatione voluntatis suæ humillimas gratias persolvamus. Scilicet cum ex lumine naturæ ea tantum iniusta esse, quæ socialitatem turbant, homini Ethnico demonstrari queat; sequitur exinde, multorum criminum fœditatem ius naturæ ignorare, quæ tamen ex Sacra Scriptura facile agnosci potest. Ceterum ratione obligationis inter utrumque ius nulla intercedit differentia, cum utroque omnes homines æqualiter obstringantur & sic ignorantia iuris positivi universalis excusationis loco a nemine adduci queat. Inde Deus præter alia crimina Cananæos etiam propter commissum incestum sedibus suis eiecit, in cuius tamen prohibitione demonstranda ratio sola admodum cæcutit. Et ergo necessario supponendum est, Deum illas leges aliquando toti humano generi, vel certe personis post diluvium illud repræsentantibus promulgasse, alias enim propter transgressionem Legum nunquam promulgatarum pœna infligi non potu-

ituisset. De criteriis cognoscendi leges uni-
rsales positivas in *cit. delineatione circa fin.*
imus, add. Seldenus *in tr. de iure nat. & ent. iuxta disciplin. Hebraeorum.*

DISTINCTIO V.

iter jus diuinum positivum *universale* & *particulare*.

Eges universales a particularibus exacte discernere, maximam post se trahit utilitam. Scilicet leges universales adhuc hodie que ut V. T. obligant, atque adeo Legisoribus nostris ne latum quidem unguem ab dem recedere fas est. De Legibus autem rticularibus, sive per eas *forenses*, siue *cereoniales* intelligas, unanimis DD. est sonten-,eaque veritate superstructa, quod post exctam Remp. Hebræorum eædem quoque ssent, cum ad statum illius Reip. fuerint acmmodatæ, quo statu mutato & illæ quoque utationem passæ sunt, qua de re conferri metur doctissimus libellus, quem *de Habitu reziouis* conscripsit illustris quondam Pufendors. Distinguit equidem Lauterbach *in Comp. r. h. t.* inter ius forense universale & particu-e; sed vel per universale illud intelligit ius orale, vel illa distinctio, si alium significatum i forensi universali tribuere voluit, nullo funmento nititur.

DISTINCTIO VI.

Inter jus *naturale* & *Gentium*.

VAriis quidem modis ſupponitur vox *juris Gentium*, de quibus conſulendus Excell. Thomaſius *in Jurispr. divin. l.* 1. *c.* 2. §. 103. communiter tamen pro *moribus plurium Gentium* iure ſuo eodem modo utentium accipitur, v. g. ut ipſum bellum præcedat denunciatio: ut captivi in ſervitutem redigantur, &c. Mores tamen illi ſpeciem aliquam iuris poſitivi humani non conſtituunt, ut voluerunt aliqui, v. Rachelium *in pecul. Diſp. de Jure Gentium.* Nullus enim unquam fuit Monarcha, qui omnibus Gentibus imperaſſet & ſic illis legem aliquam communem præſcribere potuiſſet. Nec adeſt ſpontanea ſubiectio, vtpote de qua in hiſtoriis altum eſt ſilentium. Pactum quoque expreſſum de eiusmodi moribus ſeruandis nunquam inierunt Gentes, & ſi iniiſſent, exinde non oriretur peculiaris iuris poſitivi ſpecies, ſed obligatio ex iure naturæ proveniret, quod pacta ſervanda eſſe dictitat. Idem dicendum de pacto tacito, quod nonnulli in ſubſidium vocant, quamvis ne hoc quidem adſit, cum actus ille, quo gentes aliarum gentium mores imitantur, tale pactum non inferat, quemadmodum exinde etiam nulla obligatio profluit, quando privatus alterius privati actiones & mores imitatur. Hiſce ſuppoſitis uſus diſtinctionis inter ſic dictum ius Gentium

n & naturae in oculos incurrit. Scilicet naturae mutationi non est subiectum, sed nes Gentes ad continuam eius obseruatio- n obstringuntur; Mores Gentium autem › lubitu à qualibet Gente altera etiam invi- mutari possunt. Omittitur iam hodie in- dum denunciatio bellica, & eo ipso tamen titiae belli nihil decedit, si illud alias iustum . Et quid si una Gens omnes captivos in- ficere iuberet, an putas reliquis ius contra- endi competere? Adest aliud recens E- nplum, Anno 1702, Mense Majo Ordines Ge- rales Belgii uniti Edictum promulgabant, ß alle und jede Caper / so zwischen denen nnen und Baacken vor dem Lande / oder ch gar in den Häven ertappet würden / un- achtet ihrer Commission mit dem Tode ge- afft werden sollten; at vero alias illi, qui e- modi excursionibus maritimis vacant, mili- us voluntariis comparantur & instar alio- m captivorum militum tractantur. Sane oc facere non potuissent Ordines Genera- , si jus aliquod proprie sic dictum in con- rium adfuisset. Unde non cohærebat ju- cium Autoris der Relation aus dem Parnas- vom 2. Jun. 1702, qui ita rem decidere vo- bat: Appollo gab zur Antwort / daß zwar die ngeführte Gewohnheit aller Völcker ein Recht ache / sed hoc erroneum, quia Gentes non bent superiorem, a cuius adprobatione ta- en consuetudo robur suum accipit, und ch in einem offenbahrem Kriege beyde Par-

 theyen

theyen zur Beobachtung dessen verbinde/jedoch nur also/ daß die hohe Obrigkeit die Freyheit behalte/zum besten deroUnterthanen eine andere Verordnung zu machen und die allgemeine Gewohnheit aufzuheben/) hoc fieri non posset, si mores Gentium ius facerent, nam & Princeps hoc iure esset obligatus,) insonderheit wenn solches vorher gebührender massen kund gemachet wird/daß sich so zu reden / alle denen es zu wissen nöthig/ darnach achten können.

DISTINCTIO VII.

Inter ius Gentium *primævum* & *secundarium*.

ILlud ex ratione, hoc autem ex ratiocinatione deductum esse volunt, v. VVesenbec. *Parat. ff. h. t. n.* 15. Ita vero utrumque describunt, ut ius Gentium primævum tale non maneat, sed ut cum iure naturæ coincidat, prout iam observavit Struv. *Exerc. I. thes.* 54. Ad quid ergo proderit hæc distinctio, nisi quod entia præter necessitatem multiplicentur, præcipue cum Jus Gentium, quod secundarium vocant, ad ius positivum neutiquam referri posse paulo ante demonstraverimus.

DISTINCTIO IIX.

Inter ius naturæ *proprie* & *improprie* tale.

TRibonianus cum in *princ. J. de J. N. G. & C.* ius naturæ non humani generis proprium,

um, sed omnium animalium, quæ in cœmari & terra nascuntur, esse dixisset; nonlli, ut ab ignorantiæ vitio eum liberarent, tinctionem hanc in medium protulerunt & ibonianum de jure naturæ improprie sic cto saltem locutum esse affirmarunt. Est rte hæc distinctio ejus generis, ac si quis in- hominem proprium & improprium distinere & per hominem improprie dictum siam, vel aliam bestiam bipedem intelligere llet. Imo non absimilis est alteri cuidam er barbam rationalem & irrationalem, quam osteriorem capro tribuerat nonnemo. uemadmodum ergo non datur jus naturæ iproprie sic dictum: ita nec adlata distinctio lum usum post se trahit. Anne enim Judex rsan bestias improprie punire poterit? an iproprie contrahent, delinquent, &c. vid. *opp. Exam. Inst. de J. N. G. & C. qu.* 3.

DISTINCTIO IX.

Inter jus naturæ *preceptivum* & *permissivum*.

'Mpugnat quidem hanc distinctionem Pufendorffius *de J. N. & G. lib.* 1. *Cap.* 6. §. 15. : Modestinum in *l.* 7. *ff. de LL.* non satis acurate locutum esse existimat, quando hic ad egis virtutes etiam permissionem refert, cum a non sit proprie actio Legis, sed actionis negatio. Verum enim vero hæc curiosa saltem

esse

eſſe videntur: putamus nos, eam diſtinctionem omnino retineri poſſe, cum rem ipſam ſatis clare exprimat. Uſus autem eiusdem ſat manifeſtus eſt. Scilicet circa ea, quæ jus naturæ præcipit, Principi poteſtas diſponendi non competit, bene autem illorum intuitu; quæ nec prohibentur, nec præcipiuntur, ſed permiſſa ſunt. Unde Principes multa ad regalia ſua traxerunt, quæ tamen iure naturæ cuilibet permittebantur, e. g. venatio, piſcatio, aucupium, &c. Quod ſi vero Princeps pactorum violationem, aliorum læſionem, injuriam, &c. inter res licitas referre vellet, tunc ejus diſpoſitio non minus irrationabilis dicenda foret, quam conſuetudo, quæ contra jus naturæ & divinum revelatum impingit.

LIB. I. TIT. II.

De Origine Juris & omnium Magiſtratuum & ſucceſſione Prudentum.

DISTINCTIO I.

Inter *Leges, interpretationes prudentum, Plebiſcita, SCta, Prætorum Edicta & Principum Conſtitutiones.*

THeoretice hæc omnia quam maxime a ſe differre, nemo negabit, cum ratione originis diverſiſſimam habeant natu-

:uram. Hodie tamen, postquam Imp. Ju-
iianus omnia sua fecit, quæ quondam di-
rso tempore & diverso modo introducta
:rant, exigua admodum supererit differen-
, *v. Constit. Dedit nobis. de confirmat. Di-
st.* §.10. Hoc saltem mansit ex jure Praetorio,
od actiones pœnales, v. g. iniuriarum, anno
æscribantur utili, contra illæ, quæ ex *lege*,
:to, sive ex *sacris Constitutionibus* profi-
cuntur, in perpetuum competunt, *pr. J. de
rpet. & temp. act.* Item obtinet in actioni-
s Prætoriis rem quidem persequentibus, ad
scissionem vero actus gesti tendentibus, ubi
ınus utilis ad eas instituendas conceditur, v.
in Pauliana, rescissoria, restitutione in inte-
um, quem annum utilem in quadriennium
ntinuum commutavit Imperator in *l. ult. C.
: temp. in int. restit.* v. Illustr. Dn. Stryk.
: act. invest. Sect. 3. *membr.* 3. *Axiom.* 2.
de *tit. seqv. Dist. II.*

DISTINCTIO II.

nter Responsa Prudentum *ad instantiam unius Partis* & *ad requisitionem Iudicis* concepta.

R Esponsa Facultatum Juridicarum, Scabi-
-natuum, singulorumque JCtorum (modo hi
:adu Academico sint insigniti, illustr. Dn.
ryk. *in not. ad Brunnem. jus eccl. l.* 5. *c.* 8. §. 4.)
› expensarum quidem refusione liberant suc-
ımbentem & probabilem litigandi causam
effici-

efficiunt, v. Brunnem. *Proc. Civ. c. 27. num.* 76. Judicem tamen non constringunt, ut ad eorum normam sententiam suam proferre teneatur, si scilicet perpensis fideliter actis ipsi contraria sententia magis vera videatur, Mev. *P. 1. Dec.* 110. *num.* 5. Aliud obtinet, si ad requisitionem judicis, vel partibus hoc petentibus, vel ex officio etiam Collegia juridica transmissis ad eadem Actis judicialibus sententiam concipiunt, tunc enim judici, licet ad ipsius gustum non fuerit pronunciatum, eandem mutare, vel ab Actis rejicere non permittitur, sed parti gravatæ competentibus remediis suspensivis illam impugnare liberum est. Ceterum regulariter hodie acta judicialia ad privatos JCtos non transmittuntur, nisi in Ducatu Cliviæ, ubi hoc in judiciis inferioribus adhuc interdum fieri solet. Idem obtinet in aliis VVestphaliæ iudiciis.

LIB. I. TIT. III.

De Legibus, SCtis, & longa consvetudine.

DISTINCTIO I.

Inter *Legem scriptam* & *consvetudinem.*

Circa Consvetudinem duæ quæstiones ab invicem probe sunt separandæ, prima: *an existat?* & secunda: *an obliget?*

Quan-

andum & secundam attinet, nulla depre-
iditur inter legem scriptam & consuetudi-
n differentia, cum utriusque eadem sit vis
efficacia obligandi, & actus contra consve-
inem commissus non minori nullitate la-
et, quam qui contra Legem scriptam su-
bitur, *v. l.* 31. §. 1. *l.* 33. 35. & 36. *ff. h. t.* & hoc
pectu *iuris* esse dicitur consvetudo. Ra-
ne quaestionis primae autem notabilis sese
ferentia exerit. Scilicet, quae in Lege scri-
deprehenduntur, a nemine ignorari de-
it, sed inter res notorias referuntur, & sic
obatione non indigent; diversum obtinet
uitu consvetudinis. Haec siquidem ex di-
rsis demum actibus introducitur, hi actus
tem in facto consistunt & probatione indi-
nt, unde & ipsa consvetudo in hac consi-
ratione *facti* esse dicitur. Hinc est, quod
sitiones non quidem de iure communi scri-
), sed tamen de consvetudine concipi que-
t, Gail. *l.* 1. *obs.* 82. *n.* 13. Mynsing. *Cent.* 5.
bs. 88. *num.* 4. Item, quod ius scriptum non
obiectum probationis & articulorum proba-
ialium, bene tamen consuetudo, v. Struv.
J. C. Ex. 2. *th.* 21. & *Exerc.* 28. *th.* 8. Plura
c facientia collegimus in *Diss. nostr. de JCto
e Lege loquente* §. 30. 31. & 32. ubi VVe-
ibecio etiam respondimus, qui ius eo casu
obandum esse censet, cum illud ab adversario
gatur. Ex his praemissis etiam profluere
nseo, quod quando dicunt, iuris ignoran-
m nemini prodesse; id saltem de iure scri-
pto,

pto, non autem de consuetudine intelligendum sit. Facta enim scire omnes non possumus.

LIB. I. TIT. IV.

De Constitutionibus Principum.

DISTINCTIO I.

Inter *Rescripta* & *Decreta*.

Rescripta, quia ad unius saltem partis instantiam promanant, non transeunt in rem judicatam, nec intra decendium præcise sunt impugnanda; sed iisdem etiam post illud elapsum exceptio sub- & obreptionis opponi & sic eorum effectus elidi potest, *v. tot. tit. C. Epistol. comminat. programm.* Brunnem. *Proc. civ. C. 28. n. 14.* Mev. P. 1. *Dec.* 192. Principis enim voluntas non hæc fuisse præsumitur, quod alterum inauditum condemnare velit, sed potius clausulam illam: *si preces veritate nitantur*, tacite inseruisse censetur, *l. 7. C. de divers. Rescript. c. 2. X. de Rescript.* & iudices, qui vetuerint precum argui falsitatem, decem librarum auri multa puniri iubentur in *l. 3. C. si contr. ius, vel util. publ. vel per mendac.* Econtrario autem Decreta per remedium suspensivum intra fatale decendii omnino a viribus rei iudicatæ sunt suspendenda, quod & tunc obti-

net, quando iudex ad normam impetrati ripti sententiam protulit, Mev. *P.* 1. *Decis.* , v. Carpzov. *P.* 1. *Const.* 26. *Def.* 15.

DISTINCTIO II.

nter *leges* & *Principum constitutiones.*

ÆC distinctio ad historiam iuris eo melius intelligendam pertinet, in praxi tamen unon præstat. Scilicet *leges* vocabantur, in statu democratico reip. Romanæ in itiis populi in campo Martio interrogan onsule: *Velitis iubeatis, Quirites, Cives,* bantur. Si enim placebat lex a Consule osita, respondebat populus: *Uti rogas;* splicebat: *Antiquo*, v. Huber. *Digress. P.* 1. *c.* 15. *n.* 1. & *l.* 4. *c.* 30. Unde descriptio le- Papiniani in *l.* 1. *ff. de LL. quod sit com- ais reip. sponsio*, ad eadem tempora referri et. *Constitutiones* in statu monarchico ori- m suam cœperunt, postquam Impp. mo- hiam non amplius dissimulabant, ab ini- enim SCta solum vocabantur. Hodie sive m dicas, sive constitutionem, in effectu l interest.

DISTINCTIO III.

nter privilegia *realia* & *personalia.*

Sus distinctionis in confesso est. Personalia privilegia personæ inhærent, & cum

persona extinguuntur, realia autem a persona abstrahunt, & propterea ad quoscunque possessores transmittuntur; e. g. si ædes immunitatem a metatis & contributionibus obtinuerunt: si jus braxandi illis cohæret, &c.

DISTINCTIO IV.

2 Inter privilegia *gratiosa* & *onerosa*.

PRiora pro lubitu revocare potest Princeps, quia precario comparantur; posteriora non item.

LIB. I. TIT. V.
De statu hominum.
DISTINCTIO I.

Inter *masculos* & *fœminas*.

LEvis hæc & sollicita inquisitione haud digna videtur esse distinctio, cum & rusticis notum sit, quod homines ratione diversi sexus a se invicem distinguantur; verum salva res est, si ad effectus iuris exinde profluentes oculum convertas. Quæritur enim: *annon alter sexus præ altero ratione iuris aliquid præcipui habeat?* Ubi quidem primo regula ponenda: quod in dubio utriusque sexus eadem sit conditio eademque iura. Fœmina siquidem non minus ac masculus dominia, servitu-

vitutes, hereditates, &c. acquirere, constituere atque transferre potest, item eodem modo cum masculis contractus firmiter celebrare valet, & quæ sunt similia, unde non statim credendum est ei, qui discrimen inter utrumque sexum intercedere adstruit, sed hic intentionem suam probare obstrictus est; interim tamen nec hoc diffiteri possumus, ex legum dispositione multas introductas esse differentias. Facile enim patet illi, qui ius nostrum debita cum diligentia perlustravit, fœminas *interdum deterioris*, e. g. in testimonio testamentorum, successione in fideicommissis familiæ, adipiscendis officiis publicis &c. in contractibus in Saxonia, quos sine curatore celebrare nequeunt, *interdum melioris esse conditionis præ masculis*, e.g. intuitu ignorantiæ juris civilis, fideiussionis, &c. Prioris XCI, posterioris XXXIIX. casus recenset Frider. Prukmannus *de differentiis utriusque sexus*, quos omnes tamen examinare instituti nostri non est. Legi merentur, quæ habet Paganinus Gaudentius *in tr. de morib. nonnull. seculi Justin. P.* 2. *c.* 32. & 33. ubi dicit, Justinianum fuisse uxorium, eumque Theodoræ Augustæ rem gratam facere voluisse, ut commoda mulierum promoveret, quam in rem adducit privilegia doti concessa & imminutam quoad mulieres adulterii pœnam, v. *Auth. Sed hodie. C. ad L. Iul. de adult.* Patet simul usus quæstionis: cuinam sexui hermaphroditi accensendi?

DISTINCTIO II.

Inter *nascituros* & *jam natos*.

HI in favorabilibus sibi invicem exæquantur, *l.* 7. & 26. *ff. de Stat. hom.* & sicuti inter natos alteri per alterum iniqua conditio inferri non debet: ita nec intuitu nasciturorum hoc permittitur, unde non solum pœna, sed etiam tortura tamdiu differtur, donec mulier prægnans pariat, *l.* 3. *ff. de pæn.* hereditas nascituris debetur, *l.* 3. *ff. si pars hered. pet.* (ubi tamen mirabilis decisio) non possunt exheredari, præteriri, gaudent restitutione ob læsionem, &c. secus est, quoties de oneribus imponendis agitur, hæc enim intuitu jam natorum saltem locum habent. Imo nec jam natis indistincte imponi solent, sed adultis demum. Exemplum in capitationibus, ubi communiter ad annum duodecimum & an quis jam S. cœna usus fuerit, respici solet. Quamvis merito sint reprehendendi nonnulli parentes, qui liberos suos ab usu S. cœnæ propterea arcent, ut eo diutius immunitate gaudeant. Quasi vero damnum in rebus terrestribus maius sit damno animæ?

DISTINCTIO III.

Inter *servos* & *liberos*

HAEc quin olim maximam utilitatem habuerit, nemo dubitabit, qui jus Romanum a-

liquo ſaltem modo perſpectum habet. Hodie adhuc quidem habemus ſervos politice tales, qui operas nobis ex prævio contractu præſtant; ſed hi non ſunt ſervi in ſenſu juris Romani tales, niſi eo adhuc captivos Turcas forſan referre velis, hominum enim propriorum in Germania longe alia eſt conditio, quam ſervorum apud Romanos. Aſt cum & illi Turcæ rari ſint, patet exinde, vel nullum, vel admodum exiguum adlatæ diſtinctionis apud nos uſum eſſe.

DISTINCTIO IV.

Inter *cives* & *peregrinos*.

ET hujus quoque nullum amplius apud nos uſum eſſe, plerique, ſpero, mecum conſentient, vid. Lauterbach *ad h. t.* Exceptis iis locis, ubi nemo ad officia publica admittitur, niſi impetrato jure indigenatus, e. g. in Clivia, Becmann. *Diſp. de indigenatu* §. 19. Illuſtr. Dn. Stryck. *in not. ad Lauterb. d. l. verb. aliquem habet uſum*, quibus moribus contrariatur conſvetudo in Caſtellæ regno, in Italia & Gallia quondam uſitata, vi cujus peregrini civibus intuitu officiorum præferebantur, vid. Brunnemann. *ad l. 2. C. de Offic. Præt.* Deinde quoque videndum eſt, an quis olim civis fuerit, illudque ius *propter præcedens delictum* amiſerit? Hoc enim caſu ſine dubio ille, qui peregrinus factus eſt, iure communi cum civibus amplius

uti non poterit, quo *banniti* vulgo referuntur. Solent iis communiter etiam *fustigatos & in perpetuum relegatos* accensere; sed hoc simpliciter concedere non possum, quia eiusmodi relegatis bona sua non adimuntur, quod olim in deportatione fiebat, sed eos per procuratores administrare possunt, unde hactenus ius civitatis omnino retinent. Quid in exteris regnis & provinciis, v. g. in Gallia, Polonia, Borussia, &c. ratione peregrinorum obtineat, ad nos in præsenti non pertinet.

DISTINCTIO V.

Inter *patres* & *filios familias*.

Huius distinctionis maximam esse utilitatem ipsa praxis quotidiana loquitur. Filiifamilias non condunt testamenta, ex mutuo non obligantur propter SC. Macedonianum, in nuptiis obligantur ad consensum paternum impetrandum, cum patribus habentur pro una persona &c. Patres ipsis substituunt pupillariter, eos modice castigant, in bonis adventitiis usumfructum habent, &c. vid. Dn. ab Andler *Jurispr. publ. & priuat. l.* 1. *tit.* 5. *part.* 12. *n.* 5. *seq.* Unde non video, quomodo cum se ipso conciliari possit Dn. Beier, quando *in posit. ff. tit. de his qui sui vel alien. iur. pos.* 1. & 2. fictionem unitatis adhuc obtinere asserit, postea autem *ad tit. de peculio pos.* 25. de hac assertione iterum dubitat.

DI-

DISTINCTIO VI.

Inter liberos *legitimos* & *illegitimos*.

IN legitimos liberos pater exercet iura patriæ poteſtatis, neutiquam vero in illegitimos, ſive per eos naturales, ſive ſpurios, ſive ex damnato coitu natos intelligas. Privilegiis enim legum non utitur, qui in legem peccat, *l.37. in f. ff. de minor.* Pertinet huc, quod liberis legitimis a patre portio legitima ſit relinquenda, illegitimis non item, quippe qui plane non ſuccedunt, niſi in caſu *Nov.* 89. *c.* 12. §. 4.

DISTINCTIO VII.

Inter *monſtra* & *oſtenta*.

OStenti vox dupliciter quidem capitur, ita ut monſtrum interdum ſub ſe comprehendat; nos tamen illam in præſenti in ſenſu ſpeciali accipimus, ita ut monſtro opponatur. *Monſtra* vulgo dicuntur, quibus caput humanum deeſt, ex principiis vulgaris philoſophiæ, quæ intellectum tanquam directorem voluntatis conſiderat eiusque ſedem regiam in capite collocat: *Oſtenta* vero ſunt, quibus natura membra humana vel ampliavit, vel mutavit, vel imminuit, v. g. ſi quis ſex digitos, vel duos ſaltem habeat, item ſi aliud aliquod membrum a forma membrorum humanorum recedat, vid. Feſtus *in voce* portentum & oſtentum, Gotho-

fred. *ad l.* 38. *ff. de V. S.* Quantum vero ad effectum distinctionis attinet, monstra non baptizantur: non succedunt: non rumpunt testamenta, imo, ut uno verbo dicamus, jurium humanorum non sunt capacia, quæ omnia in ostentis secus se habent, vid. *l.* 14. *ff. de stat. hom. l.* 10. §. 2. *ff. de Ædil. Edict. l.* 38. *ff. de V. S.* Dauth. *de testam. num.* 307. *seqq.* conf. Dn. Henr. Christ. Stryk. *interesse controvers. c.* 20. §. 5. Ceterum monstra hodie impune non occidi, (quod olim fiebat, vid. Brunnem. *ad. l.* 14. *ff. de stat. hom.*) sed extraordinariæ pœnæ locum esse ostendit illustr. Stryk. *in us. mod. ff. de stat. hom.* §. 15.

LIB. I. TIT. VI.

De his, qui sui vel alieni juris sunt.

DISTINCTIO I.

Inter legitimatos *per subsequens matrimonium* & *per rescriptum Principis.*

PRiores liberis legitimis per omnia comparantur, prout ostendit Lauterb. *h. t.* etiam in successione feudali, nisi constitutionibus provincialibus aliud cautum fuerit, ut in Marchia, vid. Illustr. Dn. Stryk. *Ex. jur. feud. c.* 15. *qu.* 38. *b.* dantur enim ipsis testimonia

monia natalitia, daß Sie aus einem rechten / ehelichen / unbefleckten / ungetadelten Ehebette gezeuget und gebohren / Carpz. P. 2. *Const*. 61. *Def*. 15. Posteriores autem cum liberis legitimis jam ante existentibus non succedunt, nisi Princeps ipsis hoc concesserit, ubi tamen semper excepta esse censetur legitima, propter clausulam illam, quae in omni Principali rescripto subintelligitur: *salvo jure tertii*, vid. Carpzov. *loc. cit. Def*. 27. vid. *Nov. LXXXIX. c*. 9. & *ibi Compend. nostr*.

DISTINCTIO II.

Inter legitimatos rescripto Principis *ante* & *post mortem patris*.

PRiores mortuo patre ipsius collateralibus in successione praeferuntur, posteriores non, quia collaterales in momento mortis jus quaesitum obtinuerunt, quod ipsis iterum auferri nequit. Exceptio est, nisi pater in testamento de legitimatione liberorum disposuerit, vid. *Nov*. 74. *c*. 2. *Nov*. 89. *c*. 10.

DISTINCTIO III.

Inter legitimatos *per oblationem curiae* & *alios*.

HAEc distinctio omnium confessione extra usum est, vide, quae diximus *in Compend. Novell. Justin. ad Nov. LXXXIX. c*. 2.

DISTINCTIO IV.

Inter *legitimationem* & *dispensationem super macula nativitatis, sive illegitimis natalibus.*

THeoretice hæc duo differre facile largior. Legitimatio enim in naturalibus locum habet, quorum parentes tempore concubitus in matrimonio vivere potuissent; dispensatio autem ad liberos incestuosos & adulterinos pertinet. Sed in effectu differentiam adesse non puto. Legitimatus siquidem & dispensatus tantum iuris consequitur, quantum Princeps ipsi concedere voluit. Quid vero prohiberet, quo minus Princeps utrique idem ius concedere posset? Assertum Covarruviæ *de Matrimon. p.* 2. *c.* 8. §. *8. num.* 4. *Dispensationem tanquam odiosam esse restringendam, legitimationem vero extendendam*, nullo fundamento nititur, & propterea jam reiectum est ab Illustr. Dn. Stryk. *Us. modern. ff.* *h. t.* §. *15.*

LIB. I. TIT. VII.

De Adoptione, Emancipatione &c.

DISTINCTIO I.

Inter *arrogationem* & *adoptionem.*

Quam-

QUamvis arrogationes & adoptiones hodie rarius fiant, non tamen omnino nullus huius distinctionis usus est, quia interdum adhuc fiunt, unde in tali casu præcise eo respiciendum, ut arrogatio ab ipso Principe confirmetur, seu, prout puto, a regimine, quod Principis personam in illa provincia repræsentat.

DISTINCTIO II.

Inter adoptionem *plenam* & *minus plenam*.

PLena adoptio dicitur, quando ascendens aliquem adoptat, v. g. avus nepotem in locum filii, §. 6. *J. h. t.* Cur vero hoc faciebant ascendentes? credo propterea, quia nepotes ex filiis emancipatis, vel ex filiabus, non erant agnati & sic neque succedebant. Hodie vero, quia per *Nov.* 118. omne discrimen inter filios suos & emancipatos sublatum est; ergo vix dabitur exemplum adoptionis illius plenæ.

DISTINCTIO III.

Inter *alumnum* & *adoptivum*.

ALumnus dicitur, qui suscipitur, alitur, & instar filii tractatur, privata tamen autoritate & sine confirmatione iudiciali; adoptivus contra, ubi confirmatio magistratus accedit. Prior non succedit, nisi testamento heres scriptus

ptus sit, quamvis etiam, ut heres scribatur, nulla iura exigant. Posterior vero instar liberorum naturalium succedit. Quod in praxi bene observandum, quia plures dantur alumni, quam adoptivi. Conf. Illustr. Dn. Stryk. *us. modern. ff. h. t.* §. 1.

DISTINCTIO IV.

Inter emancipationem *tacitam* & *expressam*.

USum huius distinctionis peculiarem esse putat Frid. Ludov. Hunefeld *de jur. & pot. parent. circ. relig. liber. sect. 1. cap.* 1. §. 19. dum, iuxta ipsius mentem, tacita emancipatio liberos non aliter nexui patriae potestatis eximit, quam quoad ea, quae his per potestatem illam ratione bonorum gravia sunt, quoad cetera vero iidem in familia & sui heredes permanent', quam sententiam hausit ex Analectis *ad instit. p.* 42. §. 7. *in f.* ubi etiam *p.* 124. §. 3. illa exemplo declaratur, quod scilicet *expresse* emancipati ad inofficiosi querelam non admittantur, nisi litem ordinaverint per impetratam bonorum possessionem, bene autem *tacite* emancipati. Verum enim vero cum taciti & expressi ubique eadem habeatur efficacia; nobis de usu huius distinctionis tam diu dubitare licebit, donec contrarium probatum fuerit, cuius nuda assertio non sufficit. Si ergo tacite emancipati admittuntur ad querelam,

n, cur non etiam illi, qui per expressam e-
ıncipationem liberati a patria potestate ?
ov.118.c.5. de successione ab intestato directe
idem loquitur, sed non *solummodo*; ex iden-
ate rationis sublata ibi differentia inter suos
emancipatos ad quoscunque casus pertinet.
si non pertineret, ex quo fundamento tacite
nancipati exciperentur?

LIB. I. TIT. VIII.

e rerum divisione & qualitate.

DISTINCTIO I.

Inter ius *in re* & *ad rem*.

TAm utilis est hæc distinctio, ut eandem fundamentum totius praxeos vocare haud dubitem. Quid frequentius est foro, quam ut actoribus exceptio non npetentis actionis opponatur, interdum :ei veritate, interdum etiam sine genuino ıdamento, & tamen nemo de validitate hu- exceptionis judicare potest, nisi qui natu- ı adlatæ distinctionis probe perspectam ɔet. Advocatus ergo antequam ad confi- ndum libellum sese accingit, diligenter exa- ıet, ex quo fonte instituenda actio proflu- Actio nempe ex jure in re proveniens, ut

rei

rei vindicatio, hereditatis petitio, actio confessoria, hypothecaria & de iure canonico etiam remedium possessorium ex *can. redintegranda.c.3.qu.1. contra quemcunque possessorem* competit, quamvis nullum nobis cum eo negotium unquam intercesserit; e contrario autem actio personalis *ex contractu* proveniens *contra contrahentem solum ejusque heredes* dirigitur, licet rem petitam non possideant, non vero contra tertium rei possessorem. Actio personalis *ex delicto* hactenus quidem cum actione ex contractu coincidit, quod contra tertium v. g. rei per furtum ablatæ possessorem, non competat, sed in persona delinquentis sit radicata quasi; in eo tamen ab illa recedit, quod *contra solum delinquentem* detur, *non vero* regulariter *contra ipsius heredes*, quippe qui facta defunctorum honesta, v.g. ex contractibus, præstare quidem tenentur, non vero inhonesta, sive turpia. Duæ tamen sunt exceptiones, *nisi lis contestata fuerit*, & *nisi aliquid ex delicto ad heredes pervenerit*, tunc enim actio ex delicto proveniens etiam contra heredes locum invenit. Nota hic iterum exceptionem: condictio furtiva indistincte contra heredes competit, *l.7.§.2.ff.de condict.furt.* Pertinet huc integer tractatus Illustr. Dn. Strykii *de actionibus forensibus investigandis & caute eligendis*, ubi singula fusius proponuntur, quæ repetere limites brevis huius tractatus non permittunt.

DI-

DISTINCTIO II.

Inter res *in commercio* & *extra commercium*.

JSum huius distinctionis ex ipsis statim vocabulis cognoscere licet. Circa res in mmercio existentes quosvis contractus inia permissum est. Eæ vero, quæ sunt extra mmercium, facultatem contrahendi non ncedunt, §. 2. *J. de inutil. stipul.* Et hinc et quis rem sacram, religiosam, &c. bona fi- & justo titulo acquisiverit, usucapioni ta- :n locus non est, §. 1. *J. de Usucap.* Exci- , nisi immemoriali tempore eam possede- , vid. Illustr. Dn. Stryk. *de act. invest. sect.* 4. *'mbr.* 5. *num.* 180.

DISTINCTIO III.

Inter res *sacras* & *ecclesiasticas*.

Es sacræ, ut modo dictum, non præscri- buntur, nisi tempore immemoriali; bona em ecclesiastica concurrentibus reliquis u- :apionum requisitis 40. annis, *Auth. Quas 'iones. C. de SS. Eccles.* Illæ non alienantur, i ob summam *necessitatem*, cuius exempla sim adferuntur, si pauperes alendi, captivi limendi, &c. hæc vero ob *utilitatem* eccle- quoque alienare permittitur, *c.* 52. *caus.* 12. 2.

DI-

DISTINCTIO IV.

Inter res *mobiles* & *immobiles*.

HUius distinctionis utilitas alia est de iure Saxonico, alia de iure civili. In Saxonia maritus est heres mobiliaris uxoris, immobilia cedunt heredibus ab intestato; vid. Richter *de success. ab intest. sect.* 4. *membr.* 2. Et ergo uxor de hisce mobilibus testari nequit; Carpz. *P.* 3. *C.* 7. *Def.* 4. Item in Saxonia alienatio rerum immobilium iudicialiter fieri debet, nec non oppignoratio; vid. Struv. *Jur. Rom. Germ. l.* 2. *tit.* 35. §. 9. secus in mobilibus. De iure civili minorum bona mobilia alienantur sola accedente tutoris autoritate, in immobilibus decretum iudicis praeterea requiritur; *t. t. ff. de reb. eor.* Maritus res dotales mobiles alienat quidem, sed non immobiles; *pr. J. quib. alien. lic.* In immobilibus attenduntur leges rei sitae, in mobilibus statuta domicilii, quod praecipue in concursu creditorum usum habet, v. Brunnem. *de Proc. Conc. Cred. c.* 5. §. 68. ubi exemplum. Immobilia liberant ab onere praestandae cautionis, mobilia non, *l.* 15. *ff. qui satisd. cog.* Venditis aedibus omnia debentur, quae per destinationem patrisfamilias earum accessoria & sic etiam immobilia facta sunt, was Erd- Nied- und Nagelfest ist / Carpzov. *P.* 2. *C.* 33. *Def.* 20. Mobilia praescribuntur triennio, immobilia decennio vel vicennio: immobilia retrahi possunt ob consanguinitatem, non

m autem mobilia, Struv. *Jpr. R. G. l.* 3. *tit.* 11. 34. Quando bona confiscantur, mobilia dunt judici domicilii, immobilia judici rei æ, vid. *Capit. Joseph. art.* 26. Schöpff. *Synops. r. tit. de bon. damn. in fin.*

Reliqui tituli hujus libri I. de Magistratibus Romanis agunt, quos adeo cum Lauterbachio aliisque tuto præmittere licebit.

LIB. II. TIT. I.

De Jurisdictione.

DISTINCTIO I.

Inter jurisdictionem *voluntariam* & *contentiosam*.

Voluntaria etiam a judice incompetente & extra territorium exercetur, v. g. in insinuatione testamentorum, emancipatione, adoptione, &c. *v. l.* 2. *ff. de Off. Pro-* *s.* & quos hic allegat Lauterbachius; contentiosa nonnisi a judice competente & intra territorium. Hæc quoque regulariter in loco judicii solum expediri debet, voluntaria ubicunque loco, *v.* §. 2. *J. de libert.* ubi de manumissione. Voluntaria exercetur in caupona propria, *l.* 3. & 4. *ff. de adopt.* unde & Comites Palatini proprios spurios legitimare, Nobiles coram propriis suis judiciis testamenta insinuare omnino possunt; sed quo-

 ad

ad contentiosam nemo in causa propria judex esse potest, ob præjudicium adversario inde metuendum.

DISTINCTIO II.

Inter jurisdictionem *ordinariam* & *extraordinariam*.

ACtus extraordinariæ jurisdictionis, v. gr. tutoris datio, ejus remotio, &c. olim non a quolibet Magistratu expediri poterant, sed specialiter obtinebantur; sed hodie secus, cum actus ordinariæ & extraordinariæ jurisdictionis in uno eodemque subjecto concurrant, consentientibus omnibus DD. Ex quo consequitur, usum hujus distinctionis in praxi esse omnino nullum.

DISTINCTIO III.

Inter jurisdictionem *personalem* & *realem*, sive *patrimonialem*.

PRior cum persona expirat nec ad heredes transmittitur: posterior tanquam feudi accessorium quemlibet ejusdem possessorem sequitur. Prioris fœminæ non sunt capaces ob *l. 2. ff. de R. J.* bene tamen posterioris, eo scilicet casu, quando ipsius feudi successio ad easdem devolvitur, feuda enim juri Romano sunt incognita, & propterea in jure feudali hactenus ad illud provocari nequit. Addendum & hoc est cum Dn. Beiero *in posit. ff. ad h. t.*

. *t. pos.* 21. quod mulctæ & alia commoda jurisdictionis cedant ei, qui pollet jurisdictione atrimoniali, non ei, qui habet jurisdictionem ıre officii, als welcher Sie zu berechnen schulig/ quamvis & hic interdum exceptio esse ›ossit, præcipue quoad sportulas, quæ sæpe oco salarii conceduntur Officialibus.

DISTINCTIO IV.

nter *facti cognitionem, s. nudam notionem, jurisdictionem in specie & mixtum imperium.*

NUda notio judicibus pedaneis competebat, *l. 5. pr. ff. de re judic.* Jurisdictio aun ordinariis Magistratibus, quamuis & hujus versi gradus erant, prout Magistratus vel ma-, vel minor erat. Hæc differentia hodie e dubio cessat, cum judices pedanei cessent, Magistratus nostri cum Magistratibus Ronis comparari nullo modo queant. Inter isdictionem & mixtum imperium ipso jure mano realis differentia non intercedebat, ia semper conjuncta erant hæc duo, *v. l. 1. f. l. fin. §. 1. ff. de Offic. ejus, cui mandat. iurisd.* sola ergo abstractione differebant, a jurisdictio facultatem *decidendi*, imperium em jus *exequendi* decreta denotabat, & ergo die alius usus illi distinctioni adscribi neit. Posset equidem fieri, ut adhuc hodie :ui sola decidendi potestas sine imperio

concederetur; sed hoc pertineret ad exceptiones, nos loquimur de eo, quod regulariter obtinere solet.

DISTINCTIO V.

Inter jurisdictionem *propriam* & *mandatam*.

PRopriam exercet judex vel ipse, vel per alium; at vero mandata alteri iterum mandari nequit, *l. fin. pr. ff. de offic. ejus, cui mandat. est jurisd.* quia personæ industria est electa. Excipitur communiter ab ipso Principe delegatus, *l. 5. C. de iudic.* Porro jurisdictio propria regulariter in omnibus causis obvenientibus exercetur, sed in mandata ad tenorem mandati est respiciendum, quo referri potest, quod de commissionibus dici solet, eas esse stricti juris, & non licere Commissariis limites commissionis excedere, *c. 22. X. de Rescript.* Gail. *lib.* 1. *Obs.* 35. *num.* 2. & 3. Carpzov. *P.* 1. *C.* 1. *Def.* 17.

DISTINCTIO VI.

Inter jurisdictionem *propriam* & *prorogatam*.

PRior iterum ad omnes causas sese extendit: posterior autem ad eam saltem causam restringitur, in qua prorogatio facta est. Ergo quando is, qui alias sub foro Academico est, coram Senatu oppidano sponte compa-

ret

et, ejusque jurisdictionem in hac causa pro-ogat, tunc Senatui quoad aliam causam in e-ndem civem Academicum invitum jurisdi-tionem exercere non est permissum. Cete-um Statuum subditis hodie jurisdictionem rorogare non licere cum aliis putat Lauter-ach. *h. t.* sed hanc opinionem nulli fundamen-o superstructam jam refutavit Illustr. Stryk. *s. modern. ff. h. t.* §. 24. *seqq.*

DISTINCTIO VII.

Inter jurisdictionem *civilem* & *criminalem*.

MAximus hujus distinctionis usus sese exse-rit in iis locis, ubi alteri civilis, alteri cri-inalis jurisdictio competit, v. g. hic in Saxo-a Nobiles interdum priori saltem gaudent, sterior autem Præfectis, denen Amtleuten/ mtschössern/ competit, ubi accurate scien-um, quid ad alterutram referatur, ne alter al-rius jura involet, quod sæpe maximis litibus ccasionem præbet. Separandum autem hic t jus Saxonicum a jure civili. In Saxonia n solum lites civiles, sed & delicta leviora, g. Haar rauffen/ Nasenbluten/ Maulschel-n/ Zähnbluten/ so die Zähn nicht wackeln/ c. ad civilem sive bassam pertinent, gravio-autem ad altam seu criminalem, Carpzov. *rax. crimin. qu.* 109. *n.* 26. 27. 28. Extra Saxo-am vero, ubi merum jus Romanum obtinet, llæ causæ criminales ad jurisdictionem infe-

riorem referuntur, Illustr. Dn. Stryk. *d. l.* §. 8. Notat tamen & ipse Carpzovius *loc. cit. n.* 38. hic ante omnia ad consuetudinem uniuscujusque loci respiciendum esse. Pertinet huc, quod ensis in rixa evaginatus, si nemo vulneratus fuerit, ad judicem inferiorem; si vero vulneratio secuta, ad superiorem pertineat, Carpzov. *l. c. n.* 52.

DISTINCTIO IIX.

Inter jurisdictionem *ecclesiasticam* & *secularem*.

Quia apud Pontificios causæ ecclesiasticæ Principum cognitioni de facto sunt exemtæ; hinc apud eos maximum momentum in hac distinctione positum est. Apud nos ejus usus hac ratione sese exerit, ne judex secularis Consistoriorum iuribus aliquid detrahat. Consistoria tamen ea etiam sibi arrogare non debent, quæ ad jus circa sacra pertinent, v. gr. quando de tolerantia eorum agitur, qui diversæ religioni sunt addicti, &c. hæc enim ipse Princeps per Consiliarios intimos expedit. Causas ad forum ecclesiasticum pertinentes recenset Schilter. *Inst. iur. Canon. l.* 1. *tit.* 5. §. 6. *seqq.*

LIB. II. TIT. II.
De in jus vocando.

DISTINCTIO I.
Inter *in jus vocationem Romanam* & *hodiernam*.

IN jus vocatio Romana fiebat privata autoritate & adversarius comparere recusans obtorto collo ad prætorem rapiebatur, d. *Fragm. L L. XII. Tabb. Tit. 7. ibique* ›thofr. *in not.* unde parentes, omnesque pernas, quibus reverentia debetur, in ius vocare ıe veniæ impetratione non licebat, *l. 2. 4. 6. ff. t.* nec de domo sua aliquis extrahi poterat, *l.* & 21. *eod.* hodie autem, quia omnis citatio auritate iudicis suscipitur, & sic reverentiam ın lædit, omnia illa cessant, citationes in dobus recte insinuantur, & contumaces per inistros iudicis ex domo quoque extrahi ıssunt. Inepte ergo in eiusmodi casibus ad ;es Romanas provocatur, cum & hic sine ıbio locum habere debeat illud tritum; mu-ionem status involvere mutationem iuris, citatio privata autoritate facta nullum omino effectum post se trahit.

DISTINCTIO II.
Inter citationem *verbalem* & *realem*.

VErbalis regulariter obtinet; sed ad realem iudex inconsulto provolare non debet,

 quia

quia illa famam citati apud honestos viros suggillat, unde cauti judices, si indicia non adeo liquida sunt, ante omnia a Collegio juridico quodam informationem petere solent, ob die indicia zulänglich seyn/ daß zur Hafft geschritten werden könne? alias enim judex nimium facilis actione injuriarum conveniri potest, conf. Einleitung zum Peinlichen Proceß *cap.* 2. §. 4. Et huic quoque actioni tunc locus est, quamvis aliquis delictum atrox commiserit, quod tamen ad cognitionem judicis incarcerantis non spectat, multa enim hic sub prætextu quidem publicæ utilitatis, revera tamen ex privato adfectu suscipiuntur, cui probus judex indulgere non debet. Interim ubi *Jus Cambiale* receptum est, ibi facilius ad capturam pervenitur.

DISTINCTIO III.

Inter citationem *privatam* & *publicam*, *seu edictalem*.

IDem hic monendum venit. Ad citationem namque edictalem judex etiam non facilis esse debet, quoniam per eandem quoque fama citati aliquod detrimentum patitur. Unde si judex hic excessum committat, eadem, de quibus modo dictum, remedia contra ipsum locum invenient. Item appellationi locus est, Gail. 1. *Obs.* 57. *num.* 1. Tunc ergo saltem decernitur, quando privata effectum suum sortiri nequit, e. g. in fugientibus & latitan-

tantibus, v. gr. in causa malitiosæ desertio-
is, commissi criminis, &c. Item, ob multi-
idinem citandorum, v. g. in concursu credi-
)rum, sed tunc saltem indefinite **an alle und**
de des Titii Creditores concipitur citatio,
onf. Mev. *P.* 1. *Dec.* 285. & *P.* 3. *Dec.* 415.

DISTINCTIO IV.

ıter citationem *immediatam* & *mediatam*, sive *subsidialem*.

JSus se in modo insinuandi exserit, immediatam ipse judex insinuari curat, vel etin actor, v. g. Senatus Hallensis civibus suis, ıod de regimine etiam procedit, hoc enim ıia in causis appellationum competentem risdictionem exercet, hinc etiam, ut Senas subsidio in illis causis utatur, opus non habet. Secus est intuitu Academiæ, item si Seıtus Hallensis civi Lipsiensi citationem insiıari iuberet, hæc enim nullum post se trahet effectum, nisi auxilio Senatus Lipsiensis ıplorato, quippe qui autoritate sua interpoa pondus citationi addere debet. Consi)ria in causis ecclesiasticis in toto territorio risdictionem exercent, ergo etiam in iisdem ıllius subsidio indigent. Ita si alter civilem, ter criminalem in eodem loco exerceat jusdictionem, neuter alterius opem implorat, erque enim pro diversitate causarum est ju:x competens. Et hæc pertinent ad illustra-

tionem eorum, quæ Lauterbach hac de materia tradit *sub hoc tit.* vid. Franzk. *l.* 1. *resol.* 8. *n.* 15. Carpzov. *l.* 3. *Resp.* 23.

DISTINCTIO V.

Inter citationem *dilatoriam* & *peremptoriam.*

IN dubio potius dilatoria præsumitur citatio, quam peremtoria, hæc ultima enim ad exclusionem juris tendit, ad quam statim procedere voluisse judex non est censendus. Quod si quis ergo emansit dilatorie citatus, in expensas quidem condemnari potest, ad privationem ipsius juris autem non statim devenitur, quod secus in peremtoria. Quamvis vero in multis locis, v. g. in Saxonia, Ducatu Luneburgensi, in Pomerania, &c. statutum sit, ut omnes citationes peremtorie fiant; simul tamen tunc observandum, quod ejusmodi citatio spatium trium dilatoriarum in se continere debeat, vid. Brunnem. *Proc. Civ. C* 3. *n.* 29. 30. 31. Imo quando de privatione juris agitur, una pro pluribus non sufficit, Mindan. *de Mandat. l.* 2. *c.* 2. *num.* 21. Unde scio, in Saxonia neminem haberi pro confesso & convicto, nisi iterata citatio sub expressa comminatione confessi & convicti præcesserit.

LIB. II. TIT. III.

Qui satisdare cogantur &c.

DISTINCTIO I.

nter cautionem *fideiussoriam*, *pignoratitiam* & *juratoriam*.

UBicunque olim leges satisdationem requirebant, ibi eadem fidejussoribus præstanda erat, nec pignora regulari-r sufficiebant, quia habent certam æstima-›nem, condemnatio autem & sic futura so-:io incerta adhuc est, *l.* 1. *ff. h. t. l.* 7. *ff. de ætor. stipul.* quam *l.* 7. Gothofredus *in not. ad nd.* minus recte explicat, ac si pignora qui-m sufficiant, actor autem ad ea danda in-us compelli nequeat. Hodie vero perinde , sive fidejussoribus, sive pignoribus aliquis 'eat, modo pignora eam habeant æstima-nem, ut illud, in quod probabiliter conde-andus est reus, exinde solvi possit, tunc e-ı revera locum habet, quod vulgo dicitur: s cautionis in re esse, quam in persona, vid. ·pzov. *P.* 1. *C.* 5. *D.* 7. & quos citat illustr. yk. *Us. mod. h. t.* §. 8. Ad juratoriam cau-ıem nemo admittitur, nisi sit probæ existi-tionis & non suspectus de fuga, Zanger. *de cept. P.* 2. *C.* 21. *n.* 48. Carpzov. *d. l. n.* 2. Ad-ıt nonnulli etiam nude promissoriam in il-qui immobilia possident, sed hæc non est

cau-

cautio, sed potius relevatio a cautionis præstatione.

DISTINCTIO II.

Inter cautionem *judicialem* & *extrajudicialem: civilem* & *prætoriam*.

HÆc usum aliquem non præstat, nisi ut diversi casus præstandæ cautionis, item causa efficiens ejusdem distincte concipiatur. Modus enim præstandi cautionem ubique idem est.

LIB. II. TIT. XII.

De Feriis & Dilationibus.

DISTINCTIO I.

Inter ferias *divinas* & *humanas*.

ACtus in feriis divinis s. festis, mobilibus sive immobilibus, susceptus nullitate laborat, licet partes hisce feriis renunciaverint, *c. fin. X. h. t.* unde contra sententiam, vel decretum, die dominica, vel alio die festo promulgatum appellatione, vel leuteratione opus non est, sed querela nullitatis competit. Quantum vero ad humanas ferias attinet, partes iisdem omnino renunciare possunt, sive sint urbanæ, sive rusticæ, inter eas enim hactenus non est differentia, *d. c. f. X. h. t.* & tunc id, quod gestum est, eatenus subsistit,

ſtit, ut is, qui ſe gravatum putat, remedia ıſpenſiva adhibere teneatur. Permittuntur ımen in feriis divinis actus voluntariæ jurisictionis, & ubi periculum in mora, v. gr. in ımultu, ſi pax publica læditur, *lib.* 10. *C. h. t.* uo pertinet etiam caſus *l.* 3. *h. t.* vid. *c.* 3. *X. eod.* n feriis humanis quæcunque cauſæ criminales eraguntur, & ubi alias periculum in mora eſt, id. Lauterbach. *h. t. ibique alleg.*

DISTINCTIO II.

Inter ferias *urbanas* & *ruſticas*.

RUſticæ omnibus proſunt, etiamſi meſſe, aut vindemia non ſint occupati: urbanæ item ad ſolos mercatores pertinent, non ro ad reliquos cives, vid. Gothofred. *ad l.* 1. *ff. h. t.* Carpzov. *P.* 1. *C.* 3. *Def.* 22. it. *Conſt.*). *Def.* 24.

DISTINCTIO III.

Inter ferias *ordinarias* & *repentinas*.

FEriis humanis ordinariis renunciare pro lubitu poſſunt partes ex principiis vulgaris; at vero licet omnibus renunciaverint, ıc tamen ad repentinas non extenditur, uterbach. *hic.* Nicolai *de Proceſſ. P.* 1. *cap. num.* 37. renunciatio enim ad non cogitata c præviſa non extenditur.

DI-

DISTINCTIO IV.

Inter dilationem *citatoriam*, *deliberatoriam* & *probatoriam*.

DEliberatoria hodie non amplius datur, postquam libellus eique adjuncta documenta statim cum citatione adversario transmittuntur, & sic illa ipsi citatoriæ iam inest, *v. Rec. Imp. noviss.* §. Diesem nächst 34. *in fin.* Putat quidem B. Brunnem. *in Proc. civ. c. 3. n.* 13. tunc eam adhuc hodie peti posse, si libellus non fuerit communicatus; sed ad hoc nemo adstringitur, quin potius eo casu exceptio non communicati libelli meliori jure opponitur. Remanet itaque citatoria & probatoria, de quibus notandum, quod probatoria semper sit peremtoria, non autem citatoria, vid. Gail. *l. 1. Obs.* 91. *num.* 1.

DISTINCTIO V.

Inter dilationem *legalem*, *conventionalem* & *judicialem*.

USus hic nullus est, nisi ut diversa harum dilationum causa efficiens cognoscatur. Hoc unicum saltem notandum, quod ea species legalis dilationis, quæ ad interponendam appellationem aliaque remedia suspensiva conceditur, a judice prorogari nequeat, quod secus est in reliquis, illustr. Stryk. *introd. ad prax. c.* 23. §. 5.

DISTINCTIO VI.

Inter dilationem *primam*, *secundam* & *tertiam*.

Dilationes, quia ad defensionem non parum conferunt, merito favorabiles habentur; sed simul tamen, quia optima etiam remedia abusui sunt obnoxia, judex in iis concedendis debitam circumspectionem adhibere debet. Fluit hinc usus practicus adlatæ distinctionis. Scilicet prima dilatio ad nudam fere impedimenti allegationem conceditur, Carpzov. *de Process. tit.* 13. *art.* 1. *num.* 65. *seqq.* In secunda concedenda non æque facilis esse solet judex, nisi impedimentum summarie doceatur: tertia (olim quarta) non concedi-ar, nisi cum solennitate legali, id est, præstito juramento calumniæ & accedente causæ cognitione, nec non plena impedimenti probatione, *vid. Recess. Imp. noviss.* §. den *punctum probationis*, 50. Brunnem. *Proc. Civ. C.* 6. *num.* . *seqq.* Si procurator eam petit, speciale mandatum requiritur ab omnibus litis consortibus subscriptum, Mev. *P.* 5. *Dec.* 391.

DISTINCTIO VII.

Inter *prorogationem* & *dilationem*.

Usum distinctionis post *Recess. Imp. noviss.* §. *50.* in eo ponit Illustr. Stryk. *us. mod. ff.* *t.* §. 19. quod prorogatio termini semper ante

ante ejus lapſum ſit petenda, ſecunda autem dilatio etiam prima elapſa impetrari queat, idque propter verba *d. Receſſ.* daß nach Verflieſſung des erſten *termini probatorii* oder erſten *dilation* die zweyte *dilation* ertheilet werde; Praxis tamen hic eſt in contrarium, ut idem Vir illuſtris notat, juxta quam etiam ſecunda dilatio ante lapſum primæ petenda erit.

LIB. II. TIT. XIII.

De Edendo.

DISTINCTIO I.

Inter libellum *ſimplicem* & *articulatum*.

PRior ubique admittitur, poſterior non item, quippe qui in Saxonia, nec non in Camera Imperiali ſemper rejicitur, idque propter multas diſputationes, quæ ſuper relevantia aliisque articulorum qualitatibus oriri ſolent, *Rec. Imp. noviſſ.* §. dieſemnächſt nun 27. & §. zu Beforderung 59. Berlich. *P.* 1. *Concl.* 12. *num.* 3. Carpzov. *P.* 1. *Conſt.* 2. *Def.* 1. Mores provinciarum extra Saxoniam variant, in plerisque tamen libellus articulatus in cauſis civilibus non admittitur.

DISTINCTIO II.

Inter libellum *civilem* & *criminalem*.

LIbellus civilis ſpeciali petito opus habet, alias tanquam ineptus rejicitur; aſt in crimina-

inalibus generalis sufficit, den angeklagten de-
n Rechten nach mit gebührender Straffe an-
sehen/ vid. Wesenbec. *Parat. ff. de accusat.*
um. 12. Criminalis adhuc articulatus esse so-
t, civilis non, Illustr. Dn. Stryk. *introd. ad*
rax. forens. c. 7. §. 2.

DISTINCTIO III.

Inter libellum *ordinarium* & *summarium.*

IN utroque requiritur facti narratio & peti-
tum speciale, differunt tamen in eo, quod
rdinarius semper in scriptis offerri debeat,
mmarius non item, *Clem. sæpe. de V. S.* &
iod in summario non attendatur ineptitudo
rsan admissa, modo constet quadantenus,
iid actor velit, Scaccia *de Judic. lib.* 1. *c.* 50.
um. 16. Brunnem. *Proc. civ. c.* 8. *num.* 13. nec
ito in summario omnibus clausulis opus es-
, quæ libello ordinario ex consuetudine lo-
rum inseri consveverunt. De diverso peti-
, vid. *Doctrin. ff. h. t.* §. *V.*

DISTINCTIO IV.

ter libellum *conventionalem* & *reconventionalem: primæ* & *secundæ instantiæ.*

HAs species non aliter, nisi ratione diver-
sarum causarum & instantiarum, differre
to. Quantum enim ad essentialia libelli

pertinet, hæc ubivis eodem modo observari debent, nisi quod in libello secundæ instantiæ formalia v. gr. appellationis, &c. semper justificari debeant, prout practici loquuntur.

DISTINCTIO V.

Inter causam petendi *proximam* & *remotam*.

USus distinctionis non exiguus deprehenditur circa libellum rite formandum, adeoque vere practicus. Scilicet actiones institutæ vel superstruuntur juri in re, vel ad rem, & propterea sunt vel reales, vel personales. In realibus causam proximam (sive generalem, ut aliqui malunt) exprimere sufficit, v.g. in rei vindicatione, *quia sum dominus*: in hereditatis petitione, *quia sum heres*: in confessoria actione, *quia mihi servitus est constituta*: in hypothecaria, *quia mihi res oppignorata*: in interdictis retinendæ vel recuperandæ possessionis, *quia sum, vel fui in possessione.* Ast in personalibus causam remotam (seu specialem juxta alios) adducere oportet. Ergo non sufficit, si dicam: *Peto Titium condemnari, quia mihi centum debet ex contractu, vel delicto*; sed ita medius terminus formandus: *quia mihi centum debet ex mutuo, ex emto, ex locato, societate, &c.* item *quia me injuriis affecit, quia damnum mihi intulit, rem mihi furto abstulit*; &c. Hæc ita quoad regulam juris. Quod si enim de prudentiæ regulis solliciti sumus, in realibus

alibus quoque utile eſt, ut cauſa remota inſeraturlibello, *v.g. ſum dominus ex præcedente emtione, donatione: ſum heres ex pacto, ex teſtamento, ab inteſtato: conſtituta mihi eſt ſervitus per contractum emtionis, donationis, in teſtamento; oppignorata mihi eſt res propter mutuum, propter reſiduam partem mercedis, &c.* quamvis enim tunc cauſam illam remotam forſan probare nequeam, ad aliam tamen reverti poſſum, e. g. dixi me eſſe dominum ex emtione, ſed ſuccubui in probatione; poſſum ne dicere dominum ex donatione, permutatione, &c. & proceſſum denuo inchoare, exceptio enim rei judicatæ mihi non obſtat, quoties ex nova cauſa ago. Aſt ſi libellum generaliter formavi, ſolam cauſam proximam adducendo & tamen probare non potui, ſed alter abſolutus fuit; tunc ſi de novo agere velim, exceptio rei judicatæ mihi obſtat, quia omne jus meum jam ſemel in judicium deduxiſſe videor, vid. Orecht *de libell. c.* 11. *n.* 68. 70. Brunnem. *de Proc. Civil. c.* 5. *num.* 6.

DISTINCTIO VI.

Inter *mutationem* & *emendationem* libelli.

Prior fit in ipſis ſubſtantialibus libelli, v. g. in cauſa petendi: poſterior ſaltem in accidentibus, v. gr. circa quantitatem petitam, fructus, expenſas, &c. Prior permittitur ſolummodo usque ad litis conteſtationem, poſterior

ſterior vero usque ad ſententiam ipſam, ſeu, quod rectius videtur, usque ad cauſæ concluſionem, Mev. *ad Jus Lubec. P.* 5. *tit.* 3. *Art.* 1. *n.* 5. & 6. Illuſtr. Dn. Stryk. *introd. ad prax. for. c.* 7. §. 12. in Saxonia usque ad præſtitam guarandam libellum mutare licet, Zanger. *de Except. P.* 2. *C.* 21. *n.* 70. Ceterum obſervavi, multos DD. vocabula *emendationis* & *mutationis* promiſcue ſumere, & ſic nec emendationem poſt litem conteſtatam permittere, v. Mev. *d. l. item num.* 1. a qua tamen confuſione merito abſtinendum.

DISTINCTIO VII.

Inter libellum *generalem* & *ſpecialem*.

POſterior regulariter locum habet, prior non, niſi in actione univerſali, & generali, v. g. hereditatis & dotis, pro ſocio, tutelæ, &c.

DISTINCTIO IIX.

Inter libellum *ſimplicem* & *alternativum*.

POſterior non admittitur, niſi in obligatione alternativa, v. gr. ſi ex *l.* 2. *C. de reſc. vend.* agitur, item in cauſis mercatorum & criminalibus, v. Lauterbach. *h. t.*

LIB. II. TIT. XIV.

De Pactis.

CUm apud omnes, ni fallor, in confeſſo ſit, ea quoque pacta, quæ apud Romanos nuda

ı vocabantur, firmam producere obligatio-
ɛm & actionem; hinc inutile esse censeo, ut
mnes pactorum distinctiones, quas Lauter-
achius, Franzkius, aliique plures magno co-
atu adferunt, in specie percurramus. No-
is hoc unicum dixisse sufficiat, in usu praxe-
s nihil interesse inter pacta nuda, legitima,
djecta in continenti & ex intervallo, b. f. aut
ricti juris contractibus, item sive aliquid mu-
nt circa essentialia, aut naturalia contractu-
m. Item nullam esse in effectu differentiam
ıter reales, consensuales & verbales, nomi-
atos & innominatos contractus. De chi-
ɔgraphario ad titulum de rebus creditis di-
ɛmus. Cessat quoque differentia inter con-
actus b. f. & stricti juris, quia judicem pe-
aneum, cujus intuitu illa differentia obtine-
ıt, amplius non habemus. Eam tamen, quæ
ıter veros & quasi contractus intercedit dif-
ɛrentiam adhuc omnino agnoscimus, quia in
uasi contractibus etiam illi, qui consentire
equeunt, ut furiosi, pupilli, &c. ex æquitate
bligantur ex consensu non tacito, sed præ-
ımto sive ficto, quamvis hæc duo a nonnul-
s male confundantur. Conf. hic Illustr. Dn.
homasius *in Disp. Lipſ. de Philosophia Juris.*
ap. 3. §. 131. *seqq.* & Exc. Dn. Joh. Sam. Stry-
ius *in pecul. Diſſ. de Processu Juris Romani*
ntiquo passim. Distinctio denique inter pacta
ıdicialia & extrajudicialia peculiarem usum
on præbet, cum utraque eandem vim obli-
ındi habeant, nisi forsan dicere velis, judicia-

lia majorem pro se justitiæ præsumtionem habere, quam extrajudicialia, sed tamen & hæc in dubio justa præsumuntur.

LIB. II. TIT. XV.

De transactionibus.

Distinctio inter transactiones, quæ fiebant nudo pacto, stipulatione, & per contractum innominatum, magnum in praxi fori Romani usum habebat, sed apud nos ex modo dictis *ad tit. præced.* sua sponte corruit.

DISTINCTIO I.

Inter transactionem super delictis *capitalibus* & *non capitalibus*, *publicis*, & *privatis*.

Super capitalibus transigere indistincte licet, ita ut nec accusator propterea pœnam incurrat, nec reus crimen confiteri videatur, *l.* 18. *C. h. t. l. f. ff. de prævaricat.* Secus in non capitalibus, ubi actor transigens tanquam falsarius & reus tanquam confessus punitur, *d. d. L L.* In privatis eadem pœna reo transigenti dictatur & infamiam per consequens incurrit, *l.* 4. §. *f. & LL. seqq. ff. de his qui not. infam.*

LIB.

LIB. III. TIT. I.

De postulando.

DISTINCTIO I.

Inter advocatos *privatos* & advocatos *fisci*.

ADvocato fisci certum salarium a Principe constitui solet, quo pertinent etiam illi, qui causas domaniales respicit, die Cammer-Advocaten / Cammer-Con-enten/ &c. Secus est in advocatis priva-, qui de honorariis a clientibus ipsis oblaunice vivunt. Advocatus fisci non jurat calumnia, Gail. *1. Obs. 90. num. 4.* bene tamen vocati privati. §. 1. *J. de pæn. tem. litig. Rec. ip. noviss.* §. über dieses. Advocati fisci exsantur a tutela §. 1. *J. de Excusat. Tutor.* od privilegium privatis etiam advocatis inltum esse nullibi in jure deprehendo. Rea, e. g. quod sportulas non solvat, &c. igis sunt privilegia fisci, quam ejus advoi.

DISTINCTIO II.

nter advocatos *ordinarios & supernumerarios*.

DIstinctio hæc alias manifestum habet usum, quando ad illa officia applicatur, quæ cerm salarium annexum habent, tunc enim su-

pernumerarii a perceptione ejusdem excluduntur. Aſt inter Advocatos ne ordinarii quidem ſalarium percipiunt, ergo hæc differentia ſine dubio ceſſabit. Et cum in illis foris, quæ mihi cognita ſunt, ſupernumerarii non minus, quam ordinarii, ad ſuſcipienda cauſarum patrocinia admittantur; hinc nullum fortaſſis uſum habebit adlata diſtinctio, niſi ut Advocati diverſo titulo ab invicem discernantur. Titulo enim *Advocati ordinarii* admodum delectantur nonnulli homines etiam in iis locis, ubi tamen nec ordinarii, nec extraordinarii deprehenduntur.

LIB. III. TIT. II.

De his, qui notantur infamia.

DISTINCTIO I.

Inter infamiam *juris* & *facti*.

USus in eo latet, (1.) quod infamia juris a lege etiam propter *unicum* factum irrogetur, unde qui ſemel furtum, rapinam, falſum, &c. committit, eandem jamdum incurrit; ſed infamia facti *plures* actus requirit. Hinc qui ſemel ebrius eſt, nondum notatur a gravibus viris, ſed qui ebrioſus: non filius, qui ſemel reverentiam patri denegat, ſed qui pertinax: non mercator, qui ſemel laute vivit, ſed qui laute vivendo maximam partem ſub-

bstantiæ suæ consumit, &c. Deinde (2.) ius se exserit ratione probationis. Infamia ris per duos testes probatur: sed ad pro-ındam infamiam facti plures requiruntur, qui icant, se a pluribus ac majore parte viciniæ, : non uno tempore, neque loco, sed sæpius udivisse, hunc hominem male audire apud onestos viros, quamvis ad causam infamiæ cti probandam duos quoque sufficere statuıt, vid. Wesenbec. *Parat. ff. h. t. num.* 7. Brunem. *in Repet. parat. h. t. qu.* 37. Denique (3) iversitas in effectu sese ostendit. Infamia eim juris etiam a dignitatibus susceptis infaıem removet, & testimonio ejus omnem lane fidem detrahit: infamia autem facti ar-:t saltem a dignitatibus suscipiendis & a teimonio ferendo non plane repellit, sed fiem testimonii solum minuit, vid. quos allegat auterb. *h. t.* Hoc quoque addi posse videır, effectum infamiæ juris esse perpetuum, *l.* 3. §. 4. *ff. de rit. nupt.* infamiæ facti autem temoralem. Hinc qui ebriosus, pertinax, proigus fuit, si postea ad sanos mores revertitur, ulla amplius labe adspergitur, unde commuiter dicere solent: Er hat sich bekehret.

DISTINCTIO II.

ıter infamiam *immediate ab ipsa lege* & per *sententiam judicis* irrogatam.

Usus hic est, quod in casu posteriori quamdiu cognitio de delicto alicui imputato

adhuc pendet, omnia priſtina jura ei conſerventur, & ſic quidem ſuſpenſio interdum ob gravia indicia, nunquam autem ipſa remotio decerni ſoleat & debeat, quod ſecus eſt in priori caſu ob delicti notorietatem.

DISTINCTIO III.

Inter *infamiam* & *levis notæ maculam.*

PRior ex turpi, id eſt, legibus prohibito facto oritur, poſterior ſaltem ex vili & ſordido, imo interdum ſine omni facto, e. g. in ſpuriis, inceſtuoſis & adulterinis liberis. Ceterum eosdem effectus producit, quos infamiæ facti tribuimus, vid. Illuſtr. Dn. Stryk. *in not. ad Lauterbach. h. t. inf. verb. De effectu.*

LIB. III. TIT. III.

De procuratoribus & defenſoribus.

DISTINCTIO I.

Inter procuratorem *principalem* & *ſubſtitutum.*

PRioris facta præſtare tenetur dominus, non autem poſterioris, niſi poteſtas ſubſtituendi procuratoris principalis mandato

to inserta fuerit, vid. Carpzov. *de Process.* *t.* 5. *art.* 5. *num.* 5. & 6.

DISTINCTIO II.

Inter *verum* & *quasi* procuratorem.

VErus procurator expresso mandato instructus est, & sic de rato non cavet; quasi ocurator autem præsumtionibus aliquibus titur, quibus judici fidem facit, sibi esse comissum mandatum & propterea cautionem inrponit, *l.* 40. §. *ult. ff.* & *l.* 21. *C. h. t.* Unde on quilibet quasi procurator esse potest, sed ltem parentes & liberi, *l.* 35. *pr. ff. h. t.* fratres, *l.* 35. *pr.* affines descendentes & adscendens, v. g. socer & gener, nec non collaterales que ad secundum gradum jure civili: maris ratione receptitiorum: consortes litis post . contestationem: qui instrumenta ad caun pertinentia secum habet, vid. alleg. a Laubach. *h. t.*

DISTINCTIO III.

Inter *advocatum* & *procuratorem.*

N multis quidem locis advocati simul procuratoris munere funguntur; in multis taen aliis hæc officia distincte ab invicem serantur, v. g. in curia suprema Lipsiensi, in mera imperiali, & alibi, & proinde, quams interdum utrumque officium in una eamque persona concurrat, duplici tamen juramen-

ramento opus est. Advocatus scripta conficit, inque iisdem jura clientis deducit, item in judicio verba facit: Procurator sollicitat, (unde in Pomerania etiam Die Sollicitanten nihil aliud sunt, quam Procuratores,) fatalia observat, Advocatum in facto informat, &c. Et hinc, si accurate proceditur, Advocatus mandato non habet opus, sed Procurator. De jure Romano Advocati salarium peculio quasi castrensi accensebatur, *l.* 4. *C. de advoc. divers. iudicior.* Procuratoris non item. Sed hæc differentia in Procuratoribus summorum Tribunalium hodie cessat, quippe qui eandem fere cum Advocatis dignitatem habent, unde etiam alia privilegia, quibus ratione salarii gaudent Advocati, ad tales Procuratores hodie erunt applicanda, vid. Bachov. *ad Teutler. Disp. 9. th. ult. lit. D.* Brunnem. *ad d. l. 4.* Corruunt simul quoque aliæ differentiæ. Jure Romano officium Procuratoris vile & abjectum erat, & hinc infamis admittebatur, prout colligunt ex §. *f. J. de Except.* Hodie honorabile admodum est illud officium & sic infames excluduntur, vid. Hahn. *ad Wesenbec. h. t. num.* 4. Olim non compellebantur inviti Procuratores ad præstandum officium, quippe quod mere privatum erat, *l. 8.* §. 1. *ff. h. t. l.* 17. *C. de Procur.* Hodie secus, Illustr. Dn. Stryk. *Us. mod. ff. h. t.* §. 19. 20. 21. Gail. *l. 1. obs.* 43. *n.* 7. & 8.

DI-

DISTINCTIO IV.

Inter *Procuratorem* & *Defensorem*.

DEfensor absentem sine mandato in judicio defendit, & hinc ad satisdationem est adstrictus, *l.* 46. §. 2. *ff. h. t.* quæ omnia secus se ıabent in Procuratore. Non tamen ea, quæ :iximus, ad hodiernos *Defensores* inquisitoum applicanda, quippe qui non satisdant, sed el mandato instructi sunt, vel interdum quoue a Magistratu ex officio constituuntur, ræcipue, si inquisiti egestate laborant, ubi juex illis quoque honorarium persolvit, ne inuisitus indefensus maneat. Nec ad Procuıtores reorum in civilibus, qui etiam defenɔres abusive vocari solent.

DISTINCTIO V.

Inter procuratorem *cum libera* & *sine libera*.

MAximum communiter hujus distinctionis usum in praxi esse adserunt, cum procuıtor cum libera (qualis dicitur, si hæc clausuı mandato inserta est: Ich gebe meinem Anıald freye Macht und Gewalt / alles dasjenige ey dieser Sachen zu verrichten / was ich selbst / ɔenn ich zugegen wäre / verrichten könte oder ɔolte /) omnia facere queat, ad quæ expedinda alias speciale mandatum requiritur, quem ı finem allegant *c.* 4. *de Procurat. in* 6. Covarruv.

ruv. *lib.* 1. *resolut.* 6. *n.* 3. Verum enim vero si res paulo accuratius inspiciatur, prætensus iste usus se neutiquam exserit. Clausula enim illa nihil certi determinat, quod tamen in rebus magni momenti fieri debet, sed semper quæstionem præjudicialem probandam relinquit: an dominus hoc facere *voluerit?* quod enim *potuerit*, nondum sufficit, quoniam ea duo: *posse & velle*, copulative requiruntur. Nihil ergo interest, an sit mandatum cum, an sine libera, Illustr. Dn. Stryk. *Caut. contr. Sect.* 2. *c.* 11. §. 4. Suendendörff. *ad Processf. Fibigii c.* 2. §. 6. *num.* 138. qui & hanc formulam nullius momenti esse dicit: Solte auch meinem Mandatario mehrere Gewalt/als hierinnen ausdrücklich begriffen/ von nöthen seyn/will ich ihm solche auch in denen casibus, welche ein special Mandat erfordern/ gegeben und mitgetheilet haben.

DISTINCTIO VI.

Inter procuratorem *in rem suam* & *in rem alienam.*

POsterior solummodo est procurator proprie sic dictus, prior autem est cessionarius, quem Romani ideo procuratorem appellabant, quia cedens etiam post cessionem jure subtili manebat creditor, quandoquidem obligatio primitus acquisita ossibus inhæret, & ab iisdem separari nequit. Usus interim in eo sese exserit: commodum litis non pertinet ad posteriorem, quippe qui salario suo pro opera

era præstita contentus esse debet; bene tamen ad priorem. Prior potest substituere, non posterior. Prioris potestas non expirat morte mandantis, bene tamen posterioris. Prior non indiget speciali mandato etiam in rebus maximi momenti, v. g. in juramenti delatione, transactione, &c. posterior autem sine speciali mandato talia non suscipit.

DISTINCTIO VII.

Inter *procuratorem* & *actorem*.

PRocurator a domino constituitur, *l.* 1. *pr. ff. h. t.* Actor vero a tutore vel curatore ante litis contestationem, qui tunc litis ondum sunt domini, *l.* 11. *C. de Procur.* In udiciis nostris, Saxonicis præcipue, vocabulum actoris adhuc quidem frequentatur, unde dicere solent: Titius erscheinet *actorio nomine*, und *legitimi*ret seine Person durch beykommendes *Actorium*; sed in effectu differentiam inter actorem & procuratorem non deprehendo, ille enim plus expedire non potest, quam hic, & vice versa. Ad hoc ergo saltem oderit adlata distinctio, ut linguam eruditorum intelligamus.

DISTINCTIO IIX.

nter procuratorem *ante* & *post litem contestatam*.

PRocurator jure Romano post litem cont. fiebat dominus litis, unde sibi ex sententia acqui-

acquirebat actionem directam: jus suum ad heredes transmittebat: substituebat: non poterat ejus mandatum revocari, & in ipsius personam sententia concipiebatur; quæ omnia ante litem contestatam secus sese habebant. Verum enim vero cum omnes illi effectus & sic quoque ipsum litis dominium sine dubio apud nos cessent, prout multis probavit Schilter *Exerc. 10. th. 43. seqq.* & ipsa praxis hoc loquitur; hinc quoque usum adlatæ distinctionis practicum adhuc hodie esse non existimo. Conf. Dn. Beyer *in Posit. ff. h. t. pos. 71. seqq.* qui Schilteri mentem summatim exhibet.

LIB. III. TIT. IV.
Quod cujusque universitatis nomine vel contra eam agitur.

DISTINCTIO I.
Inter *Syndicos* & *Procuratores*.

Syndicus a tota universitate tanquam persona morali constituitur: Procurator a persona physica. Syndicus in dubio ad omnes lites constitutus esse censetur: plures in solidum dati existimantur: ad mandatum Syndici non requiritur subscriptio constituentium, sed solum sigillum publicum sufficit, si universitas tali instructa est; quæ omnia in Procura-

ıratoribus secus se habent, vid. Berlich. *P. I. oncl. 14. n. 99.* Schilter. *Ex. 10. th. 50. seqq.* lock. *Vol. 2. Conf. 52. n. 117. seqq.* Syndicatum iquis invitus suscipere tenetur, non vero aliud ıandatum, vid. Lauterbach. *h. t.* qui quidem ım aliis allegatis hanc quoque differentiam ad-it, quod Syndicus sit instar procuratoris cum bera, & sic plus potestatis habeat, quam alius rocurator; verum quia distinctionem inter ocuratorem cum & sine libera jam rejecius *tit. praced. Dist. V.* ergo illa quoque diffentia cessabit. Et quid? Lauterbachius dicit, ndicum propterea transigere posse, & taen *ad tit. de Transact.* contrarium asseruet.

LIB. III. TIT. V.

De negotiis gestis.

DISTINCTIO I.

ıter *negotiorum gestorem* & *procuratorem.*

PRocurator scientis & mandantis, negotiorum gestor ignorantis negotia expedit. Procurator in judicio & extra ild intervenit: negotiorum gestor in judiciaıus non datur, sed tunc qui absque manda absentem defendit, *defensor* vocatur. Procurator pro eo saltem intercedit, qui mandare ›test: sed negotiorum gestor etiam pro men-

te capto, furioso, pupillo, eosdemque ad impensas restituendas firmiter obligat; *l. 3. §. 5. ff. h. t.* ne scilicet locupletiores fiant cum alterius damno, *l. 6. pr. l. 37. pr. ff. h. t.* Hæc enim est natura consensus præsumti, sive ficti, ut eos etiam obliget, qui alias sine tutoris, vel curatoris consensu obligari nequeunt, vid. quæ diximus supra *ad tit. de pactis.*

LIB. IV. TIT. I.

De in integrum restitutione.

DISTINCTIO I.

Inter restitutionem *gratiæ* & *justitiæ.*

Restitutio gratiæ fit solum ab eo, qui τὸ κύϱιον in republica habet, & communiter *jus aggratiandi* vocari consvevit; restitutio justitiæ autem a quolibet magistratu fieri potest. Prior fit in criminibus veris & probatis ex nuda indulgentia: posterior in criminibus falso alicui imputatis probata innocentia. Prior regulariter bona amissa non restituit, bene tamen posterior cum omnibus accessoriis & perceptis a fisco fructibus, etiamsi fiscus bona jamdum alienasset, vid. Ziegler *de jur. majest. l. 1. c. 9.* Reliqua dicentur infra *ad tit. de sent. pass. & restit.*

DI-

DISTINCTIO II.

Inter restitutionem *civilem* & *prætoriam*.

MAximus hujus distinctionis usus *ratione temporis*, intra quod restitutio peti potest, esse in praxi exserit. Restitutio siquidem ciilis, cujus exempla in *l.* 35. *ff. de re judic. l.* 31. *ff. de jurejur. l.* 2. *C. de resc. vend.* habentur, istar remediorum civilium 30. demum annoım lapsu extinguitur; *l.* 3. *C. de præscript.* 30. *nnor.* Sed restitutioni prætoriæ brevior termiıs præscriptus est, annus scilicet utilis, hodie ıadrienniumcontinuum, *l. ult. C. de temp. int. restit.* Ad restitutionem civilem statim currimus, tanquam ad remedium ordinarin; ad prætoriam non item, quia hæc saltem medium subsidiarium, unde ante omnia inıirendum, annon competat ordinarium juris vilis remedium, *v. l.* 16. *pr.* & §. 1. *ff. de min. l.* 1. §. 4. *ff. de dol. mal.*

LIB. IV. TIT. II.

Quod metus causa gestum erit.

DISTINCTIO I.

Inter vim *ablativam*, *expulsivam*, *turbativam*, *offensivam*, *defensivam*, *compulsivam*.

VIs defensiva licita est, & vim vi repellere permittitur. Aliud in reliquis enumeratis speciebus, quas propterea ab invicem accurate distinguere utile est, ut diversa remedia contra easdem competentia distincte intelligamus. Propter vim *ablativam* competit actio vi bonorum raptorum, nec non actio furti; propter *expulsivam* interdictum unde vi & remedium ex *can. redintegranda cauf. 3. qu. 1.* propter *turbativam* interdictum uti possidetis & utrubi: propter *offensivam* interdictum de vi publica & privata, & denique propter *compulsivam*, quæ hujus loci est, actio quod metus causa.

DISTINCTIO II.

Inter vim *justam* & *injustam*.

PRior non parit restitutionem, v. gr. si magistratus prævia causæ cognitione vim alicui infert, *l. 3. §. 1. ff. h. t.* bene tamen posterior, quo etiam pertinet, si judex de facto processum ab executione contra inauditum inchoat, aut in carcerem sine legitimis indiciis conjicit, &c.

DISTINCTIO III.

Inter *vim & minas*.

QUi aliquid ob minas promittit, restitutione in integrum non gaudet, juxta tritum illud: *qui moriere minis, asini tumulabere bombis.*

Potu-

'ctuisset enim sibi implorando officium judicis & cautionem de non offendendo peteno prospicere. Excipiunt communiter minas *capitales*, modo minas denuntians eas exequi solitus fuerit, & nunc præsens sit, ut eas facile exequi queat, Gail. *l.* 1. *Obs.* 4. *n.* 4. Sanchez. *de matrim. l.* 4. *Disp.* 1. *num.* 20. Brunnem. *ad* . 7. *C. h. t.* Qui vero vi coactus promittit, restitutionem omnino habet.

DISTINCTIO IV.

nter metum *justum* & *reverentialem*.

JUstus, sive atrox, ad edictum prætoris in præsenti titulo contentum pertinet, qui taien pro diversitate sexus & qualitatis personaım, quibus infertur, suos quoque gradus haet. Metus reverentialis autem restitutionem on parit, quia facile averti potuisset, *v. l.* 22. *de rit. nupt. l.* 6. *C. h. t.*

DISTINCTIO V.

Inter judicium *rescindens* & *rescissorium*.

AN hæc distinctio ex textibus juris probari possit, de eo non disputabimus, sed hoc achovio, Hilligero aliisque excutiendum renquemus. Illud saltem ad nos pertinet: an ıdem distinctio usum in praxi præstet? Audiaıus hac de re ipsum Bachovium *ad ff. h. t. Hodie*, ıquit, *minus quoad ipsam rem interest, siquidem*

quidem D D. communiter cumulari posse utrumque remedium concedunt, imo etiam petente reo cumulanda esse & simul movenda censent. Et quidni vero cumulentur, cum idem hodie magistratus super utroque necessario sit adeundus, & alterum ab altero dependeat, ut improbandi omnino sint, qui hic subtilitates conquirunt. Consentit Illustr. Dn. Stryk. *us. mod. ff. h. t.* §. 5.

DISTINCTIO VI.

Inter actionem *quod metus causa* & *in factum*.

PRior in quadruplum datur, sed anno utili expirat: posterior in simplum concepta est, sed ad 30. annos usque competit, *l.* 14. §. 1. *ff. h. t.* Verum cum praxis judiciorum nostrorum actiones Romanorum in duplum, triplum, quadruplum, ignoret, atque sic exinde recte colligatur, jus Romanum hac parte non esse receptum, cum receptio ex praxi judiciorum æstimanda; hinc quoque ea distinctio parum utilitatis in praxi habebit, & parum intererit, sive negotia metu contracta nullitate laborare, sive eadem firma esse & rescindi debere statuas, utrobique enim remedium judiciale intra 30. annos institui potest, cum & præterea assertum: metu gesta ipso jure firma esse, nitatur hypothesi philosophiæ Stoicæ, quod coacta voluntas etiam sit voluntas, quam erroneam esse quilibet facile videt. Coacta volun-

oluntas est voluntas, sed coacta; at vero ad ...mitatem negotiorum libera voluntas requitur.

LIB. IV. TIT. III.

De dolo malo.

DIST. I.

...ter dolum *causam dantem* contractui & *incidentem*.

SI dolus *causam dedit contractui b.f.* tunc contractum ipso jure reddit nullum, *l.* 7. *pr. ff. h. t.* & sic querela nullitatis intra 30. ...nos competit. Aliud in contractibus *stri...i juris*, ubi judex pedaneus a claris verbis ...ntractuum recedere non poterat, & dece...us sibi imputare debebat, quod in hunc ca...m sibi per pactum non prospexerat, potu...et enim contractui inserere clausulam: *eum ...ullum esse debere. si dolus appareat. v. d. l.* §. 3. *ff. h. t.* Ergo talis contractus stricto & sub...i jure civili subsistebat, conf. omnino *l.* 36. *ff.* ... *V. O.* Prætor autem, prout semper jus il...d subtile emendare nitebatur, restitutionem integrum concedebat, actionem de dolo in...niens, quæ tamen non 30. sed duos saltem ...nos durat, *l. f. C. de dol. mal.*

Quod si vero dolus saltem *incidit in contra...um b. f.* tunc ille actione ex illo contractu, ...gr. emti, locati, &c. purgatur, *l.* 13. §. 4. & 5. *ff.*

5. *ff. de A. E. V.* quæ pariter, ut querela nullitatis, intra 30. annos institui potest, quia quælibet actio ex contractu tanto demum tempore præscribitur; si autem incidit in contractum *stricti juris*, itidem actioni de dolo locus est intra biennium ex ratione paulo ante suppeditata, vid. D D. passim ad h. t.

Vides ergo, quod apud Romanos maximus hujus distinctionis usus fuerit, præcipue ratione durationis actionum deceptis competentium. Sed quæritur: an adhuc hodie idem usus in praxi deprehendatur? Nobis negativa verior videtur. Deficiente enim judice pedaneo, ejusque officio ad certam formulam restricto cessante, deficit quoque & cessat integra illa inter judicia bonæ fidei & stricti juris differentia cum omnibus effectibus & conclusionibus, quæ in foro quidem Romano exinde profluebant. Unde non opus est, ut illam differentiam sublatam esse probemus; sed illud quoque hic sufficit, quod mutato statu etiam mutatio juris inducatur. Apud nos ergo quocunque casu querelæ nullitatis locus est. Aliter Schilterus *Exerc.* II. *thes.* 20. qui actionem de dolo hodie semper concedit, cui tamen propterea consentire non possumus, quod ea actio sit subsidiaria prætoria, cui locus non est, quamdiu actiones civiles ordinariæ competunt. At vero ex deductis hodie semper querelæ nullitatis, tanquam remedio civili, locus est.

Hæc

Hæc ita quoad usum adlatæ distinctionis
uitu contractuum b. f. & stricti juris. In-
im tamen quantum ad ipsos contractus b. f.
inet, eam differentiam adhuc agnosco, quod
ando dolus causam dedit, querelæ nullita-
; quando autem incidit, actioni ex illo con-
ictu locus sit. Leges enim voluerunt, ut hoc
steriori casu contractus non sit nullus, sed
osistat, modo interesse præstetur. At priori
su, licet alter decipiens decies interesse illud
æstare paratus sit; ego tamen ad illud ac-
ptandum cogi nequeo, sed si placet, penitus
ontractu resilire possum, Richter. *p.* 2. *De-*
c. 87. *n.* 18. Illustr. Stryk. *us. mod. h. t.* §. 6. *

* Superiori anno Gerardus Noodt, celeberrimus JCtus & Professor Lugdunensis, Schediasma aliquod edidit *de forma emendandi doli mali in contrahendis negotiis admissi*, ubi ostendere voluit præcipue *cap.* 3. distinctionem *inter dolum causam dantem contractui & incidentem* non esse veram: non fuit mihi tempus examinandi illa, quæ pro stabilienda assertione adducta sunt, sed hoc alteri occasioni reservo: quidquid interim hujus sit, praxis distinctionis ex testimonio DD. in praxi versatissimorum apud nos satis certa est.

DISTINCTIO II.

Inter actionem *de dolo* & *in factum.*

APplicari hic eadem possunt, quæ diximus *tit. præc. Dist.* 6. Addi posset & hoc, quod

actio de dolo infamet, & non detur, nisi læsio duos aureos excedat, *l.* 1. §. 4. *l.* 10. *ff. h. t.* quæ secus se habent in actione in factum: item, quod actio de dolo non competat contra eos, quibus reverentiam debemus, bene autem actio in factum; verum quia actionem de dolo in sensu juris Romani hodie plane cessare modo diximus, hinc illa quoque observatio parum utilitatis nobis præbere poterit.

LIB. IV. TIT. IV.

De minoribus XXV. annis.

DISTINCTIO I.

Inter negotia minorum *valida* & *invalida*.

V*Alida* dicuntur, in quibus tutoris autoritas, vel curatoris consensus, & si alienantur immobilia, decretum magistratus adhibitum fuit; *invalida* e contrario, ubi hæc deficiunt. Priori casu opus est restitutione in integrum, ad quam petendam datur quadriennium post adeptam majorennitatem, *l. f. C. de temp. in int. restit.* posteriori casu querela nullitatis competit intra 5. 10. vel 20. annos, juxta *d. l. f.* Priori casu læsio aliqua est probanda; posteriori nulla; unde hæc propterea etiam pinguior est, & prudens advo-

us ante omnia eo respicere debet, annon llitatis arguere actum a minore gestum pos-

DISTINCTIO II.

ter minorem *dolo adversarii deceptum* & *facilitate ætatis lapsum*.

Ratione ipsius quidem minoris nulla hujus distinctionis utilitas apparet, cum ille u- ·que modo restitutione in integrum gaude- ; sed vero usus intuitu ejus, qui pro mino- fidejussit, sese exerit. Si enim minor faci- ate ætatis lapsus, fidejussori regulariter non ccurritur, quod tamen fit, si dolo deceptus : minorennis, per *l. 2. C. de fidejuss. minor.*

DISTINCTIO III.

ιter eum, qui major factus est *naturali- ter*. & *civiliter*, s. per concessionem veniæ ætatis.

Riori indistincto quadriennium competit post impletum annum 25. posterior autem terdum longius spatium habet. Semper e- m usque ad annum 25. completum restitutio- em petere potest. Unde si e. g. anno 18. atatis suæ veniam impetravit, septem anni ipsi intur ad impugnandos actus, in quibus ante ajorennitatem forsan læsus fuit, *l. 5. pr. C. de mpor. in int. restit.*

DI-

DISTINCTIO IV.

Inter restitutionem *minorenni* & *collegio alicui, it. ecclesiæ* competentem.

PRiori, ut dictum, quadriennium demum currit a tempore adeptæ majorennitatis; posterioribus autem ex tempore celebrati contractus & per consequens illatæ læsionis, *c. 1. & 2. de in integr. restit. in 6.*

LIB. IV. TIT. V.

De capite minutis.

DISTINCTIO I.

Inter capitis diminutionem *maximam*, *mediam* & *minimam*.

SI aliquis maximam, vel mediam capitis diminutionem patiebatur, restitutione opus non erat, sed fiscus, qui bona condemnati sibi vindicabat, ad omnia debita solvenda tenebatur, *l. 2. pr. ff. h. t.* At, si quis emancipabatur, tunc eo ipso corruebant omnes actiones, quæ ante contra ipsum competierant, vendebatur enim filius in imaginariam servitutem, *l. 3. §. 1. h. t.* de quo fuse Huberus *in Digress. Justin. P. 1. l. 1. c. 4. §. 4.* Servus autem non est capax obligationis. Hodie cessat ea ima-

imaginaria venditio, & sic quoque restitutione prætoris opus non eſt, cum non obſtante emancipatione omnes actiones ſalvæ maneant, conf. *l. ult. C. de emancip.* ubi expreſſis verbis ſententia noſtra confirmatur.

LIB. IV. TIT. VI.

Ex quibus cauſis majores XXV. annis in integrum reſtituantur.

DISTINCTIO I.

Inter abſentiam *veram* & *fictam*.

Contra ficte abſentes, v. g. furioſos, pupillos, &c. plane non currit uſucapio, ſed ea dormit, vid. Struv. *S. I. C. Ex.* 43. *th.* 26. ſecus in vere abſentibus, de quibus mox diſtincte agendum.

DISTINCTIO II.

Inter abſentiam *ordinariam, ſ. negativam,* & *extraordinariam, ſ. privativam.*

Propter priorem non datur reſtitutio, ſed tempus uſucapionis longi temporis ſaltem duplicatur, de quo in *pr. l. de Uſucap.* Propter poſteriorem tamen aliquando illa reſtitutio conceditur juxta ſequentem.

DI-

DISTINCTIO III.

Inter absentiam *necessariam* & *voluntariam*, & utramque vel *laudabilem*, vel *vituperabilem*, vel *indifferentem*, *s. mediam*.

L*Audabilis*, sive sit voluntaria, ut studiosorum; sive necessaria, ut militum, legatorum, &c. semper parit restitutionem, licet aliquis procuratorem non reliquerit, *v. l. 4. 5. 6. 7. 8. & 28. pr. ff. h. t.*

Idem obtinet in *necessaria indifferente*, v. g. si quis a latronibus, aut pyratis capitur, nam hæc necessitas præviderí & sic procurator constitui non potuit, *vid. l. 9. 14. & 23. §. 2. ff. h. t. l. 26. §. ult. eod.*

Voluntaria vituperabilis nullo plane casu restitutionem præbet, v. g. si quis delictum commisit, & postea aufugit, aut alias contumax est, *v. l. 2. §. 8. & 9. ff. si quis caut. in judic. sist. caus. fact.*

Propter *necessariam vituperabilem*, e. g. in relegatis, & *voluntariam indifferentem*, v. gr. in mercatoribus, tunc demum datur rescissio, si absens ante absentiam suam procuratorem constituit, hic autem negligens fuit, & tamen non est solvendo, ut adeo principalis regressum suum contra eum instituere nequeat, *l. 26. §. 1. ff. h. t. v.* Struv. *Ex. 8. th. 73.* Si ergo negligens fuit mercator & relegatus, & procuratorem non constituit, sibi hoc imputet, & da-

damnum ex culpa sua pronatum ferat, *vid. l. 16. h. t.*

LIB. IV. TIT. VII.

De alienatione judicii mutandi causa facta.

DISTINCTIO I.

Inter alienationem *inter vivos* & *per ultimam voluntatem* factam.

PRohibitio hujus tituli ad actus inter vivos pertinet, non autem ad ultimas voluntates, quippe in quibus malitiosus animus alienantis non præsumitur, *vid. l. 8. §. 3. ff. h. t.*

DISTINCTIO II.

Inter alienationem *voluntariam* & *necessariam*.

PRiorem prohibet prætor in hoc titulo, non posteriorem, *l. 10. pr. h. t.* v. gr. si quis alienat ad alimenta consequenda: ad dotem filiæ constituendam, &c.

LIB. IV. TIT. IIX.

De receptis, qui arbitrium receperunt, &c.

DISTINCTIO I.

Inter *arbitros* & *arbitratores*.

ARbitri instar judicum procedunt, observato ordine judiciario: *Arbitratores* in contractibus adhibentur, v. gr. ad pretium in emtione, aut mercedem in locatione definiendam. Utriusque tamen decisum eundem effectum habet.

DISTINCTIO II.

Inter arbitros ex *legis dispositione* & *libera partium voluntate* electos.

PRioribus inviti etiam causarum decisionem subjicere tenentur; quo refero *Austregas* intuitu Statuum imperii, de quibus in jure publico agi solet: ad posteriores vero constituendos nemo invitus cogi potest, sed audiendus est, si judicem competentem adire intendit.

DISTINCTIO III.

Inter *arbitrum* & *judicem*.

IUdex publica autoritate pollet atque adeo non solum *decernendi*, sed & *exequendi* potesta-

:ſtatem habet; at arbiter privato conſenſu)nſtituitur, & ſic cognoſcit quidem, ſed on exequitur. Iudex etiam in reconventio-e judicat, non arbiter, *c.6. X. de arbitr.* Iu-ex ſubdelegat, ſed non arbiter. Arbitri po-:ſtas ceſſat, quam primum in cauſa pronuncia-it; judicis autem ad alias quoque cauſas exten-ıtur. A ſententia judicis appellatur, non autem laudo arbitri, quippe cui ſimpliciter ſtare te-entur partes ob compromiſſum, niſi arbiter)loſe egerit. Dicunt quidem communiter, par-bus licitum eſſe, ut per ſolam contradictio-:m intra decem dies factam laudi effectum in-rcipiant, quem in finem allegatur *l. 5. pr. C. h.* aliæque; ſed ſi dicendum, quod res eſt, jus Ro-anum tunc loquitur de caſu, ubi per nudum ıctum compromiſerant partes, quod exigu-n effectum producebat. Aliud ſi ſtipulatio ceſſerat, quo de caſu accipienda *l. 37. h. t.*)die ergo, quia pacta ſtipulationibus ratione ıligationis exæquantur, aliud etiam dicen-ım erit eorum intuitu, ſcilicet, non poſſe ıtentiam arbitri impugnari, niſi ex illis cau-, ex quibus alias conventiones impugnare rmittitur, vid. *Doctrin. ff. h. t. §. ult.*

LIB. IV. TIT. IX.

autæ, caupones, ſtabularii, ut accepta reſtituant.

DISTINCTIO. I.

ter actionem *de receptis* & *in factum.*

PRior datur ex quasi contractu, quando vectoribus & hospitibus citra omnem exercitoris culpam, v. gr. ab aliis hospitibus furtum fit, vel damnum infertur, & hæc *ad simplum:* Posterior ex quasi delicto nascitur, quando nempe exercitoris servi hospitibus nocent, & *duplum* petitur. Hæc differentia sine dubio hodie cessat, non quidem quia id asserunt Vinnius, Grönewegen & Gudelinus, allegati a Lauterbachio; sed quia id praxis fori comprobat. Interim ea distinctio alio respectu adhuc usum habet. Nempe actio de receptis etiam contra heredes datur, actio in factum regulariter non, quia est ex quasi delicto, *l.* 7. §. 6. *ff. h. t.*

LIB. V. TIT. I.
De judiciis.

DISTINCTIO I.
Inter judicium *publicum & privatum.*

IN publico ad publicam: in privato ad privatam satisfactionem agitur. In publico judex ex officio procedit: in privato obinet vulgatum: Wo kein Kläger ist/ da ist auch ein Richter. In publico litis contestatio ab ipso reo fieri debet oretenus: in privato autem

m in scriptis etiam & per procuratorem fieri)test. In publico tortura irrogatur: in ivato regulariter non, nisi prægnans sit & aximam quantitatem concernat. In publi- etiam durantibus feriis proceditur, *l. 5. C. fer.* non autem in privato. Adde & hoc ex oribus Romanis: in publico quilibet ex po- ılo agebat: in privato is saltem, quem causa ncernit, &c.

DISTINCTIO II.

Inter judicium *ecclesiasticum* & *se- culare.*

Onf. quæ diximus *ad tit. de jurisdict. dist. IIX.* Judicium ecclesiasticum apud pon- cios limites suos nimium extendit ob do- ıandi libidinem, quæ apud corruptum cle- n deprehenditur, licet pii prætextus nun- ım defuerint. Hinc causas matrimoniales, arum & sortilegiorum, miserabilium perso- um, usurariæ pravitatis, juramentorum, & : sunt similes, ad se traxerunt judices eccle- ici, vid. Lancellot. *Instit. jur. can. l. 3. tit.* 3. Ziegler. *in not. ad eund. loc.* unde apud ıtificios maximus hujus distinctionis usus in favorem cleri & in odium laicorum. id autem apud evangelicos? Certe, quia ıcipes nostri jura per clerum ablata post- nio iterum recuperarunt, differentia etiam r judicia secularia & ecclesiastica prorsus ıre debebat. Sed ex erronea hypothesi,

 quod

quod Principes Evangelici duplicem personam sustineant, Episcopi alteram, alteram autem Principis, illa distinctio apud nos adhuc retenta fuit, ita ut causæ clericorum, quo pertinent etiam scholæ ministri, æditui, &c. nec non quæ res sacras & bona ecclesiastica, sepulturam, matrimonialia, disciplinam ecclesiasticam &c. concernunt, in Consistoriis Episcopum repræsentantibus ventilentur. Excipiuntur delicta clericorum graviora, ubi Consistorium vel plane non cognoscit, vel ad minimum tamen pœnam non exequitur, sed condemnatum prævia degradatione judici seculari tradit, Brunnem. *Proc. inquis. c.* 3. *n.* 28. 29. *&c.* 10. *n.* 26. Possent tamen Principes nostri Consistoria plane tollere, si vellent, quamvis, ut hoc fiat, nulla necessitas efflagitet. In nonnullis civitatibus imperialibus, v. g. Noribergæ, Hamburgi, senatus res promiscue expedit & ibi distinctionis præsentis propterea nullus usus est. In Palatinatu quoque & Hassia matrimonialia apud judicem secularem pertractantur, & recte, quia matrimonium non est sacramentum, v. Illustr. Dn. Stryk. *ad Brunnem. ius Eccles. l.* 3. *c.* 1. §. 17. & de natura Consistoriorum Excell. Thomasius im Recht Evangelischer Fürsten *P.* 1. *thes.* 5. §. 12.

DISTINCTIO III.

Inter judicium *simplex* & *duplex*.

VSum distinctionis communiter in eo ponunt, quod in judicio duplici, v. gr. finium

regundorum, familiæ herciscundæ, comi dividundo, &c. uterque actoris & rei jus eat, in simplici autem alteruter solummo-; sed in effectu parum interest. Nam & in dictis duplicibus judiciis unum saltem ha-aus actorem, unum reum, quem in finem, mbo eodem tempore, quod tamen rarius i puto, ad judicium provocent, sorte res imitur, quis reus esse debeat, vid. Carpzov. *. C. 7. D. 23.* add. Zanger, *de Except. P. 2. c. ium.* 355. Dissert. nostr. *de judic. fortuv. mbr.* 3. §. 4. alias vero pro actore habetur, qui us ad judicium provocavit.

DISTINCTIO IV.

Inter judicium *reale & personale.*

Onf. quæ diximus *ad tit. de Rer. divis. di-stinct. I.* judicium enim reale ex jure in re, sonale ex jure ad rem proficiscitur.

DISTINCTIO V.

Inter *petitorium* & *possessorium.*

N possessorio non consequimur jus perpetuum, sed temporarium solum, donec al-: in petitorio contrarium probaverit. At, i in petitorio semel obtinuit, ille perpetuum ectum exinde sortitur. Et hinc, quia per ssessorium, licet succumbamus, non adeo agnum præjudicium nobis infertur, quam

per petitorium; hinc, inquam, in possessorio non admittuntur exceptiones altioris indaginis, *conf. l. f. C. quor. bon.* nec remedia suspensiva, v. gr. appellationis, leuterationis, &c. Scaccia *de appellat. quaest.* 17. *limit.* 6. *membr.* 2. *n.* 2. *seqq.* Lud. Postius *in tr. de summ. possess. obs.* 106. *n.* 75. 76. Finckelth. *obs.* 117. *n.* 12. quae omnia in petitorio secus se habent.

DISTINCTIO VI.

Inter judicium *universale*, *generale* & *singulare*.

IN universali & generali, v. gr. hereditatis petitione, actione tutelae, pro socio, &c. libellum generaliter formare licet, man klaget auf edition eines inventarii und auf restituirung der Erbschafft/ oder anderer Sachen/ Lauterbach. *comp. jur. tit. de edend.* in judicio singulari autem petitum specifice est formandum, alias tanquam ineptus rejicitur libellus.

DISTINCTIO VII.

Inter judicium *ordinarium* & *extraordinarium*, sive *summarium*.

QUodlibet judicium regulariter est ordinarium, unde si actor dicit, hoc vel illud esse summarium, tunc probatio ipsi incumbit. Communiter autem ea judicia sunt summaria, ubi vel *publicus favor* adest, v. gr. in causis fiscali-

libus, tributorum, &c. vel si *causam piam* ntroversia concernit, v. gr, in causis ecclesiam, miserabilium personarum, in legatis ad picausas, &c. vel denique *si res moram non patur*, ut in causis alimentorum, &c. v. Zanger *Except. p.* 1. *c.* 1. *n.* 60. *seqq. Ord. Cam. p.* *c.* 2. In causis summariis non attenduntur pro-iscue exceptiones dilatoriæ, non concedunr ordinariæ dilationes, &c. sed de simplici & ıno proceditur. Aliud in ordinariis. Cau-summarias ordinarie potest tractare actor, l non vice versa. Multa de processu summa-) habet Brunnem. *Proc. Civ. c.* 1. *n.* 15. *sqq.*

DISTINCTIO IIX.
Inter judicium *civile* & *criminale*.

HÆc coincidit cum *Dist. I.* inter judicium publicum & privatum. Ergo eadem hic petenda, quæ ibi dicta sunt.

DISTINCTIO IX.
nter judicium *præparatorium* & *principale*.

N præparatorio, v. gr. actione ad exhibendum, agitur summarie, quia in hoc præjudiım adeo magnum reo non infertur; sed in incipali regulariter secus.

DISTINCTIO X.
Inter *veram* & *quasi* litis contestationem.

 Quasi

Quasi litiscontestatio inducitur propter rei in non respondendo contumaciam: vera fit vel oretenus, vel in scriptis. In quasi litiscontestatione extra Saxoniam saltem fingitur, quod reus negative responderit, in Saxonia etiam affirmative. Vera autem interdum affirmative, interdum negative fit. Ceterum utriusque effectus unus est idemque in caussis civilibus.

DISTINCTIO XI.

Inter litiscontestationem *solennem* & *minus solennem*.

Solennis requiritur in caussis ordinariis, & supponit contradictionem directam eorum, quæ ab actore adferuntur. Minus solennis colligitur ex omni actu contradictorio, v. gr. si dicat reus, Er protestire wieder des Klägers Vorbringen/ wisse nicht/ was Kläger an ihm suche/ oder von ihm haben wolle/ &c. & hæc in judiciis summariis sufficit.

DISTINCTIO XII.

Inter L. C. *generalem* & *specialem*.

Juxta jus commune & praxin hodiernam extra Saxoniam idem est, an quis speciatim ad singula libelli puncta, an vero generaliter: *nego narrata, prout narrantur*, ad totum libellum respondeat. Usus tamen distinctionis in foris

Saxo-

ixonicis deprehenditur, quippe in quibus ge-
eralis litis conteſtatio non admittitur.

DISTINCTIO XIII.

Inter L. C. *affirmativam & negativam.*

NEgativa proprie eſt litisconteſtatio. Circa affirmativam diſtinguendum: Aut reus mpliciter fatetur intentionem actoris, aut exceptionem peremptoriam adnectit. Priori aſu non poteſt dici L. C. quia nulla lis amlius adeſt; ſecus caſu poſteriori, & tunc res onus probandi in ſe ſuſcipere tenetur, vid. truv. *iurispr. Rom. Germ. l.* 4. *Tit.* 9. §. 2.

DISTINCTIO XIV.

Inter L. C. *puram & eventualem.*

DUra ſit, poſtquam exceptiones dilatoriæ deciſæ fuerunt: eventualis ipſis hiſce dilaoriis ſtatim adnectitur. Uſus in Saxonia ſe xerit. Ibi enim ſtatim L. C. exceptionibus ſt ſubjicienda, niſi reus in expenſas condemnari velit. Extra Saxoniam vero perinde ſt, ſive pura ſit, ſive eventualis litis conteſtaio. Utraque etiam alias eundem poſt ſe traiit effectum.

DISTINCTIO XV.

Inter *actorem & reum.*

ACtor regulariter nonniſi *volens* actionem inſtituit; Reus contra *invitus* convenitur,

 unde

unde etiam fugiens appellari solet. In eligendo judice competente non ad actorem, sed ad reum respicitur. Rei partes semper sunt favorabiliores, quam actoris, *l.* 125. *ff. de R. I.* unde si uterque æquales attulit probationes, in dubio in favorem rei pronunciandum, Struv. *S. I. C. Ex.* 28. *th.* 13. Actor probare tenetur, non reus. Hic enim licet nihil probaverit, vel in probando defecerit, tamen absolvitur, actore non probante, *l.*4. *C. de edend.* Mascard. *de probat. conclus.*36. *num.* 37. Pro defensione rei admittuntur testes inhabiles, non autem ad intentionem actoris probandam. Farinac. *quæst.*62. *num.* 90. *seq.* Brunnem. *Proc. civ. c.* 20. *num.* 24. Reo plures dilationes dantur, quam actori, *v. l. fin. ff. de feriis & dilat.* &c.

DISTINCTIO XVI.

Inter forum *domicilii* & reliqua, *rei sitæ, contractus, delicti* & *continentiæ causarum.*

FOrum domicilii est *generale*, quia in eo actiones reales & personales, ex contractu & delicto, institui possunt; reliqua sunt *specialia.*

DISTINCTIO XVII.

Inter domicilium *originis & habitationis.*

PRius de jure civili erat immutabile, unde in eo semper quis conveniri poterat, quamvis

s alio loco habitaret, *l. 6. pr. & §. 1. ff. ad municip.* posterius autem pro lubitu toties mutatur, quoties placuerit. Hodie vero juxta DD. onsensum hæc distinctio usum amplius non abet, cum postquam aliquis domicilium suum x loco originis aliorsum transtulit, domicilim originis non amplius attendatur, vid. Carpov. *de Process. tit. 3. art. 1. num.* 58.

DISTINCTIO XVIII.

nter domicilium *commune & peculiare.*

Commune erat Roma, *l. 33. ff. ad municip.* in quo omnes ex toto imperio Romano onveniri poterant. Hodie tale non amplius abemus, & sic usus distinctionis est nullus. Statum subditi enim licet Viennæ deprehendanır, non tamen ibi conveniri possunt, quia eo so superioritati territoriali præjudicium inrretur. Et quamvis porro subditi Brandenırgici Berolini deprehendantur, illi tamen ec ibi forum sortiuntur, quia sic beneficium imæ instantiæ amitterent, vid. Ordin. Camer. 2. *Tit.* 1. §. es sollen auch. Illust. Dn. Stryk. *f. mod. ff. h. t.* §. 19.

DISTINCTIO XIX.

Inter domicilium *voluntarium & necessarium.*

Rius mutatur pro lubitu, non autem posterius, cujus exemplum in uxore, relegato ad rtam insulam, &c.

DI-

DISTINCTIO XX.

Inter officium judicis *nobile & mercenarium.*

PRius exercetur, licet actor non adsit, scilicet in causis criminalibus atrocioribus ad nudam denunciationem, vel præcedentem famam publicam. Hic enim publicum interesse præcipue versatur. E contrario autem, ubi causa mere civilis est, & privatam utilitatem respicit, ibi exercetur officium mercenarium. Quamdiu enim creditor judicem non implorat, tamdiu judex etiam quiescit. Dicis forsan; at tamen potest esse pauper aliquis, cui non suppetunt sumtus in processum impendendi, ergo tunc judex ex officio nobili procedet; sed ne tunc quidem eum hoc facere posse, respondeo. Potest enim pauper ad juramentum paupertatis se offerre, eoque præstito, omnia in judicio gratis obtinet, quod dum non facit, sibi imputet. Omnino itaque hoc respectu hujus distinctionis adhuc est usus. Et judex, qui in causis mere privatis ex officio procedere vellet, se suspectum redderet. Dico usum distinctionis esse *hoc respectu*. Quod si enim officium nobile dicitur, quod prætor; mercenarium autem, quod judex pedaneus exercebat: facile largior, distinctionem hodie applicari non posse.

LIB. V. TIT. II.

De inofficioſo teſtamento.

DISTINCTIO I.

Inter querelam *inofficioſi & nullitatis.*

HÆc poſterior pinguior eſt priori. Per querelam enim inofficioſi regulariter ſola heredis inſtitutio reſcinditur, legata autem, fideicommiſſa, tutoris datio, & ſi quæ alia ſunt capitula, ſubſiſtunt; aſt querelà nullitatis & principale & acceſſoria in teſtamentis removet, *v.doctrin.ff.de iniuſt.rupt. irrit.* §. *II.* Querela inofficioſi præſcribitur quinquennio, *arg.l.* 8. §.*f.ff.h.t.* querela nullitatis autem, tanquam remedium juris civilis, triginta annis demum. Qui teſtamentum tanquam inofficioſum impugnavit, & non obtinuit, ille omnia emolumenta in teſtamento relicta amittit, & fiſcus ea ſibi capit, *l.* 22. *ff.de his,quaut indign.* ſecus eſt, ſi teſtamentum nullum dicit, *l.* 5. §. 1. *ff.eod.* Nullum autem dicitur, quoties quid ex ſolennitatibus deficit, vel inhabilitas in perſona teſtatoris adfuit. Adde, quod querela nullitatis in heredes tranſeat, non autem querela inofficioſi *l.* 7. *ff. l.*34.& *l.pen. C. h. t.*

DI-

DISTINCTIO II.

Inter *actionem suppletoriam, sive expletoriam & querelam inofficiosi.*

PRior locum habet, quoties aliquid, licet etiam minimum sit, hereditatis titulo in testamento relictum fuit, §. 3. *l. h. t.* posterior, si nihil. Prior ergo heredis institutionem integram non rescindit, bene tamen posterior. Prior iterum durat 30. annis, quia est remedium juris civilis, posterior, ut modo dictum, quinquennio saltem.

DISTINCTIO III.

Inter querelam ab *adscendentibus & descendentibus*, nec non *a fratribus* institutam.

FRatrum querela totum testamentum, etiam legata & reliqua evertit, in *Nov.* 22. *c.* 47. enim jus vetus non mutatum, de quo in *l.* 8. §. 16. *ff. h. t.* quod tamen quoad descendentes & adscendentes factum in *cit. Nov.* 115. *c.* 3. *in f.*

LIB. V. TIT. III. & feqq.

De hereditatis petitionibus.

DISTINCTIO I.

Inter hereditatis petitionem *civilem, prætoriam, sive possessoriam & fideicommissariam.*

Diffe-

Differunt hæ species quidem diverso conceptu, verum si ad modum procedendi & effectum respiciamus, utrobique nihil interest, nisi forsan hoc adferre velis, quod is, qui fideicommissaria hereditatis petitione utitur, dodrantem saltem consequatur, aliqui autem totam hereditatem.

LIB. VI. TIT. I. & II.

De rei vindicatione & publiciana in rem actione.

Differunt hæ duæ actiones primo *ratione causæ efficientis*, quod rei vindicatio ex jure civili, publiciana autem actio jure prætorio descendat, §. 4. *I. de act.* Sed hæc differentia parum utilitatis in foro præstat, cum ratione obligationis apud nos inter utrumque jus, prætorium & civile, nulla deprehendatur disparitatis ratio. Usus ergo in *probatione* sese exerit. Scilicet in rei vindicatione ipsum dominium præcise probari debet, quod admodum difficile est; sed vero in actione publiciana sufficit, modo actor probare queat, se *titulo ad transferendum dominium habili* rem controversam comparasse, *l. 3. sqq. ff.* ... in rei vindicatione ergo ita formatur medius terminus in libello: Wenn wir dann nun diese Sache

Sache *jure dominii* zuständig: in publiciana e contrario sequentem in modum: Wenn mir dann nun diese Sache *jure Dominii vel quasi* zuständig. Fluit hinc usus practicus, ut advocatus libellum formaturus posteriori potius, quam priori formula utatur.

LIB. VI. TIT. III.

Si ager vectigalis, id est, emphyteuticarius petatur.

DISTINCTIO I.

Inter emphytheusin *civilem* & *ecclesiasticam*.

AD emphyteusin ecclesiasticam constituendam scriptura per modum essentialis requisiti exigitur, quod in omnibus contractibus ecclesiarum ita obtinet, *l.* 14. & *Auth. Hoc jus. C. de SS. Eccles.* sed in emphyteusi civili solus consensus sufficit. Deinde emphyteusis ecclesiastica amittitur, si emphyteuta canonem per biennium non solvit; sed in civili triennium observatur, *v. l.* 2. *C. de iur. emphyt. Nov.* 7. *c.* 3. §. 2. Olim quoque emphyteusis ecclesiastica ultra nepotes non extendebatur, *Nov.* 7. *c.* 3. quod tamen postea mutatum in *Nov.* 120. *c.* 6. §. 1. & de jure canonico per *c.* 7. *X. de reb. eccles. non alien.*

DI-

DISTINCTIO II.

Inter emphyteusin *ex pacto* & *providentia* & *hereditariam*.

PRior *pro se & liberis* accepta, ad solos descendentes primi acquirentis; posterior autem, quæ *pro heredibus* constituitur, ad quoscunque heredes transit, vid. Struv. *S. I. C. Exerc.* 11. *th.* 65.

LIB. VII. TIT. I.

De usufructu.

DIST. I.

Inter usumfructum *causalem* & *formalem*.

PRior competit domino in re propria, & non est servitus, propria enim res nemini servit. Posterior in re aliena constituitur, & est illa servitus personalis, de qua in h. t. agitur. Termini hujus distinctionis inventi sunt a DD. grillis metaphysicis adsuetis, & rem, ut puto, non faciunt clariorem, sed magis intricatam, quia sine iisdem res melius potuisset explicari. Idem est judicium meum de logicis & metaphysicis juridicis, quæ a nonnullis ad confusionem studiosæ juventutis conscribillantur.

DISTINCTIO II.

Inter usumfructum *a lege & ab homine* constitutum.

IN priori non exigitur cautio usufructuaria ab eo, cui ususfructus competit, v. gr. a patre in bonis liberorum adventitiis, *l. ult.* §. 4. *C. de bon. quæ lib.* Quantum ad maritum attinet, qui est usufructuarius bonorum paraphernalium uxoris, non quidem deprehendere hactenus licuit textum, hac de re agentem; nullus tamen dubito, quin idem sit asserendum. Ob tenerum quippe amorem, quo mariti regulariter uxores prosequuntur, non est metuenda bonorum dilapidatio. Si vero ususfructus ab homine constituitur, usufructuarius ad cautionem præstandam omnino tenetur, nisi proprietarius eam sponte remittere velit.

LIB. VII. TIT. II.

De usufructu adcrescendo.

DISTINCTIO I.

Inter jus adcrescendi *in usufructu* & *in aliis legatis.*

USusfructus duobus conjunctim relictus, *v. g. Titio & Cajo do lego usumfructum aedium mearum*, adcrescit etiam post con-

oncursum realem, id est, licet ille, qui jam eficit, portionem suam semel acceptasset, ostea autem repudiasset iterum, *l.* 1. §. 3. *ff. h. t.* tem ei, qui portionem suam amisit, e. gr. per ententiam judicis, *l.* 10. *h. t.* quæ in legatis aliarum rerum utrobique secus se habent.

LIB. VII. TIT. III.

Quando dies usus fructus legati cedat.

DIfferentia inter usumfructum & alia legata iterum sese hic exerit. In aliis legatis pure relictis dies statim cedit a tempore mortis testatoris; sed in usufructu pure legato hoc demum fit ab adita hereditate, *l.* 2. & 3. *ff. quand. dies usufr. leg. ced.* ubi etiam ratio.

LIB. VII. TIT. V.

De usufructu earum rerum, quæ usu consumuntur.

DIST. I.

Inter *verum* & *quasi* usumfructum.

VErus usus fructus consistit in rebus, quæ usu non consumuntur; secus in quasi usufructu. In vero non transfertur

 domi

dominium, in quasi usufructu omnino & sic periculum ad usufructuarium pertinet, *l. 7. ff. h. t.* qui re pro lubitu etiam abuti potest. Verus in judiciis divisoriis interdum ab ipso judice constituitur, quando scilicet res communes commode dividi nequeunt, *l. 6. §. 1. ff. de usufr.* hoc in quasi usufructu judex facere nequit, quia in res fungibiles non cadit pretium affectionis, & sic illæ facili negotio dividi possunt. In vero usufructu cavet usufructuarius, se boni viri arbitrio fruiturum, *l. 1. §. 6. ff. usufr. quemadm. cav.* qua cautione in quasi usufructu opus non est, unde solum de re simili restituenda cavetur, *§. 2. I. de usufr.* Posses forsan & hoc addere, quod cautio in vero usufructu præstari solita *prætoria* vocetur, *civilis* e contrario, quæ in quasi usufructu interponitur, per *l. 1. pr. ff. usufr. quemadm. cav. junct. §. 2. I. de usufr.* sed cum utraque eundem effectum post se trahat, hæc observatio etiam parum in recessu habebit, & sic tuto negligi poterit.

LIB. IIX. TIT. I.

De servitutibus.

DIST. I.

Inter servitutes *reales & personales.*

PErsonales, e. gr. ususfructus, usus & habitatio, statim expirant mortua persona, cui con-

constitutæ erant, *l.* 3. §. 3. *ff. quib. mod. usufr. vel us. amitt.* *reales* autem ad quoscunque heredes & possessores transeunt, *v. l.* 3. *quemadmod. servit. amitt.* Prædio serviente extincto, sed postea refecto, non restituitur servitus personalis, *l.* 10. §. 7. *quib. mod. usufr.* bene tamen realis, *l.* 20. §. 1. *ff. de S. P. V. l.* 35. *de S. P. R. l.* 14. *ff. quemadm. serv. amitt.* Servitus personalis, usus & ususfructus, amittitur per maximam & mediam capitis diminutionem; realis non.

DISTINCTIO II.

Inter servitutes *urbanas* (s. continuas) & *rusticas* (s. discontinuas.)

URbanæ per præscriptionem ordinario tempore, id est, decem vel viginti annis, acquiruntur. *l.* 12. *in f. C. de præscript. long. temp.* juxta quam legem eadem quidem servitutum rusticarum ratio esse debebat; sed prout praxis nostra sæpius a principiis jurisprudentiæ genuinis recedit: ita quoque hic fit, dum ea ad præscribendas servitutes rusticas, nescio ex quo fundamento, tempus immemoriale requirit, vid. Gail. 2. *obs.* 66. *num.* 7. Modest. Pistor. *Vol.* 1. *Consil.* 7. *num.* 5. Dav. Mevius *P.* 9. *Decis.* 164. Porro, servitutes rusticæ solo non usu per longum tempus amittuntur, *l.* 13. *C. de servit.* at in urbanis amittendis adhuc requiritur factum servituti contrarium ejus, cujus

prædium hactenus serviit, vid. *l. 6. ff. de S.P.V.* Alias differentias a nonnullis adlatas examinavit & simul iam reiecit Excell. Thomasius *in Disp. Lips. de servit. stillicid.* §. 16. *seqq.*

DISTINCTIO III.

Inter servitutes *affirmativas & negativas.*

POsteriores ex particula negandi *non* vel *ne* cognoscuntur, *v. g. altius non tollendi, ne luminibus officiatur, &c.* & non indigent aliqua quasi traditione, sed quamprimum mihi promissio facta est, quod alter aliquid intermittere velit, tunc statim jus in re consequor. Aliud in affirmativis, ubi ante dictam quasi traditionem mihi nudum saltem jus personale competit, ex quo adversus tertium agere nullo modo possum, conf. de hac distinctione Brunnem. *ad l. 15. ff. h. t.* Lauterb. *Comp. jur. h. t.* Deberet quoque hoc addi, quod servitutes affirmativæ solo non usu amittantur, negativæ autem nonnisi prohibitivo alterius facto accedente; sed praxis nostra hanc differentiam ad servitutes urbanas atque rusticas applicavit, de qua paulo ante.

DISTINCTIO IV.

Inter servitutem *ordinariam & anomalam.*

ANomalam unam solummodo habemus, servitutem scilicet *oneris ferendi*, quæ propterea

pterea ita vocatur, quia serviens duplici onere afficitur, tenetur enim parietem, onus ferentem, si ruinosus fiat, adhuc etiam reficere, *l.* 33. *ff. de S. P. U.* in aliis contra servitutibus is, qui commodum ex iisdem habet, eas quoque reficere obligatus est, juxta vulgaria æquitatis naturalis principia.

Lib. IIX. Tit. V.

Si servitus vindicetur, vel ad alium pertinere negetur.

DISTINCTIO I.

Inter actionem confessoriam, item negatoriam, *directam & utilem.*

Confessoria *directa* datur illi, qui servitutem in alieno fundo: *utilis*, qui aliud jus e. g. jurisdictionem, ius patronatus, &c. prætendit. Sic quoque *directa* negatoria datur domino, qui alteri servitutem: *utilis*, qui alteri aliud ius in fundo suo prætendenti illud debere negat. Ceterum in effectu non differunt, ut suo loco infra pluribus dicetur.

LIB. IX. TIT. I.

Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur.

DISTINCTIO I.

Inter actionem *si quadrupes* & *de pastu*.

HÆ actiones theoretice ita differunt, quod actio *de pastu* detur, si animal *secundum naturam* nocuit, *v. l.* 14. §.3. *inf. ff. præscr. verb. de pauperie* autem, *si contra naturam. v.* §. 1. *J. h. t.* In praxi autem utriusque idem est effectus, quia utrobique petitum alternative formatur, ad id, ut vel damnum resarciatur, vel animal, quod nocuit, noxæ dedatur, v. *Doctrin. ff. h. t.* §. *V.* & *VII.*

LIB. IX. TIT. II.

Ad Legem Aquiliam.

DISTINCTIO I.

Inter actionem *si quadrupes* & *ad L. Aquiliam*.

PRior datur, licet nulla culpa domini animalis nocentis præcesserit, ad posteriorem autem probatio culpæ alienæ omni-

mnino requiritur, *l.* 1. §. 4. & 5. *ff. si quadrupes*, & hoc respectu prior facilior est. Ratione effectus tamen posterior præferenda erit. In ea siquidem is, qui culpam admisit, damnum datum simpliciter resarcire tenetur, quam maximum etiam illud fuerit, *l.* 21. §. *fin.* & *LL. seqq. ff. ad L. Aquil.* in priori autem liberatur dominus, si corpus, quod nocuit, noxæ dedat, *l.* 1. *pr. ff. si quadrup.* quod eodem modo in actione noxali, si servus nocuit, observatur.

DISTINCTIO II.

Inter *primum* & *tertium* caput L. Aquiliæ.

Ex priori, si servus vel pecus occisum fuit, datur actio L. Aquiliæ non solum ad interesse corporis peremti consequendum, sed ad illud quoque, quanti ea res plurimi fuerit proximo anno præcedente, *l.* 2. *pr. ff. ad L. Aquil.* Ex tertio vero, de reliquo scilicet damno quocunque, quanti ea res plurimi fuerit proximis XXX. diebus a die damni dati retro computatis, *l.* 27. §. 5. *ff. eod.* Hoc discrimen hodie cessat, & nuda saltem æstimatio petitur, non iterum ex eo fundamento, quia Gronevvegen & Gudelinus citati a Lauterbachio hoc dicunt, sed quia actiones Romanorum pœnales teste fori observantia in Germania nunquam fuerunt receptæ. Et ergo ea distinctio inter inutiles merito refertur, non

minus ac illa obſervatio, quod actio L. Aquiliæ inficiando in duplum creſcat.

LIB. XI. TIT. I.

De interrogationibus in jure faciendis & interrogatoriis actionibus.

DISTINCTIO I.

Inter *articulos* & *poſitiones.*

AD articulos reſpondent teſtes, ad poſitiones autem ipſa pars, contra quam agitur, regulariter reus, interdum quoque actor, intuitu ſcilicet exceptionis oppoſitæ & in poſitiones redactæ. Poſitiones etiam negative, item de credulitate concipi poſſunt per vocem: nicht wahr; ſed articuli ſolum affirmative, & de veritate. Poſitionum contenta fatetur ponens, non vero articulorum, quia horum veritas a depoſitione teſtium demum dependet, quod tamen ſubtilitatem ſapere videtur, ut ipſe agnoſcit Brunnem. *in Proc. civ. c.* 17. *n.* 2.

LIB. XI. TIT. IV.

De fugitivis.

DISTINCTIO I.

Inter *fugitivum* & *erronem.*

Fugi-

FUgitivus servus dicitur, qui non redit; erro autem, qui circumvagatur quidem, sed tandem tamen redit, verum serius, & temporibus in res nugatorias consumtis, *l.* 17. §. 1. 2. & 14. *ff. de Ædil. Edict.* In effectu tamen nihil interest, quia utroque casu damni obvenientis resarcitio petitur, & simul pœna dupli. Hodie quidem, si quis liberos, famulos & subditos corrumpat, parentibus, dominis & magistratui eo nomine itidem actio datur, hoc enim æquitas naturalis suggerit; sed non competit ea in duplum, ergo etiam necessitas non efflagitat, ut eandem actionem utilem de servo corrupto appellemus.

LIB. XI. TIT. V.

De aleatoribus.

DISTINCTIO I.

Inter ludum *artis*, *fortunæ* & *mixtum*.

HÆc distinctio maximam in foro Romano præbebat utilitatem. Ludi enim *artis* v. gr. hastiludia, item quando pretium ei decernitur, qui saltando, digladiando, perorando, &c. reliquos vincit, jure Romano omnino erant permissi, *v. l.* 3. *ff. h. t.*

Ac

At vero ludi *fortunæ* v. gr. quando tesseris luditur, nec non ludi *mixti*, v. gr. chartis lusoriis & similibus, in totum prohibiti erant, *l. f C. h. t.* Hodie non modo plurimi DD. testantur, sed experientia quoque hoc comprobat, omnes ludos esse permissos, quippe qui maxime in ipsis aulis frequentantur, & illi, qui ludendo succubuerunt, ad perditum solvendum omnino adstringuntur. Hinc sua sponte consequitur, adlatam distinctionem apud nos in praxi nullum vsum amplius præstare. Alia quæstio est: annon Principes melius facerent, si prohibitionem juris Romani in foro iterum introducerent? quam quidem affirmamus, sed ad nos non pertinet potestas legislatoria, nec etiam principes a nobis desiderarunt, ut hac parte ipsis consilia ad novas leges ferendas suppeditemus. Ergo expectandum est tempus, vbi forsan ludi fortunæ & mixti propter maximum eorum abusum, præsertim apud juvenes, qui negari non potest, iterum abrogabuntur.

LIB. XI. TIT. VII.

De religiosis & sumtibus funerum & ut funus ducere liceat.

DISTINCTIO I.

Inter sepulturam *honestam* & *inhonestam*.

Hone-

HOnesta fit cum ritibus in quocunque loco consuetis, mit Gesang u. Klang/ vel Christlichem Gebrauche nach/prout communiter dicere solent. Inhonesta his omnibus destituitur. Usus distinctionis hic est: quemadmodum quilibet, quamdiu vivit, præsumtionem bonitatis pro se habet, ita quoque eadem præsumtio post mortem hoc operatur, ut in dubio ab honesta sepultura excludi non possit, sed actio injuriarum competat contra eum, qui ejusmodi ceremonias cadaveri alicujus denegare intendit. Inhonesta ergo locum non invenit, nisi in casibus a lege notatis, v. g. in contemtoribus verbi divini & sacramentorum, *c. 12. X. de sepult.* usurariis manifestis, *c. 3. X. de usur.* & propricidis ob malam conscientiam, vid. Carpzov. *Jurispr. Consist. lib. 2. Def. 376. 381. seqq.*

DISTINCTIO II.

Inter sepulturam honestam *solennem* & *minus solennem.*

SOlennem paulo ante descripsimus, quod variis ceremoniis peragatur, de quibus late Schilter. *instit. jur. canon. l. 2. tit. 14.* §. 13. *seqq.* Minus solennis est, ubi ejusmodi ceremoniæ omittuntur, non ex præcepto juris, sed ex proprio beneplacito ad parcendos sumtus, quod hodie communiter fit, wenn die Leichen

des Abends in der Stille beygesetzet werden. Hæc posterior species cum inhonesta confundi non debet, quippe in qua consuetæ solennitates ex præcepto legis omittuntur, scilicet in totum, v. *Dist. seq.*

DISTINCTIO III.

Inter sepulturam inhonestam *humanam & caninam s. asininam.*

H*Umana* in iis obtinet, quorum mentionem sub *Dist. I.* injecimus, contemtoribus verbi divini, usurariis, irreconciliabilibus, quippe qui per vespillones vel plane extra cœmeterium, vel in cœmeterio prope murum & ab aliis plane separato loco sepeliuntur, ex superstitione pontificia, quia scilicet contigua ecclesiæ loca simul cum ecclesia consecrata censentur, Aug. Barbos. *de iur. eccles. l. 2. c. 9. n. 7. 8.* Struv. *S. I. C. Ex. 3. th. 72.* & ergo per ejusmodi cadaueris illationem profanari non debent. *Asinina* nomen suum, ut puto, sortita est ex loco *Jerem. XXII. vers. 18. & 19.* ubi Propheta de Rege Jojakim dicit: Man wird ihn nicht klagen/ ach Bruder/ ach Schwester/ man wird ihn nicht klagen/ ach Herr/ ach Edler/ Er soll wie ein Esel begraben werden/ zuschleifft und hinaus geworffen für die Thore zu Jerusalem. Hanc expectare tenentur, qui ex desperatione, vel conscientia criminis commissi sibi ipsis mortem consciuerunt. Peragitur a carnifice

ejusque miniſtris, qui cadaver rhedæ ſuæ imponunt, & in loco inhoneſto, auf dem Schind-Anger / ſepeliunt, vid. Schilter *inſt. jur. canon. l.* 2. *Tit.* 14. §. 9. & 10. Damhouder. *prax. rer. crimin. c.* 90. *num.* 9. Heigius *p.* 2. *qu.* 36. *num.* 64. Finckelth. *obſ.* 43. *num.* 15. Furioſorum & melancholicorum ſibi manus inferentium, item infantum, nondum baptizatorum, ſepultura ſecundum praxin nonnullorum locorum ad honeſtas minus ſolennes pertinet, vid. Finckelth. *d. l. num.* 16.

DISTINCTIO IV.

Inter ſepulchra *familiaria & hereditaria.*

PRioribus omnes agnati utuntur, licet non ſint heredes; ſed poſteriora ſaltem ad heredes pertinent, vid. Struv. *Exerc.* 15. *theſ.* 69. Brunnem. *Rep. Parat. Weſenb. h. t. qu.* 5.

DISTINCTIO V.

Inter *cenotaphium & ſepulchrum.*

CEnotaphium (quod honoris ſaltem & memoriæ cauſa fit,) non eſt locus religioſus; & ideo iterum ad uſus profanos adplicari poteſt; ſecus in ſepulchro, cui cadaver jam illatum eſt, Joh. Kirchmann. *de funer. Rom. l.* 3. *c.* 27. Struv. *loc. prox. cit.*

LIB. XII.

LIB. IIX. TIT. I.

De rebus creditis, si certum petatur & de condictione.

DISTINCTIO I.

Inter mutuum *naturale*, *civile* & *mixtum*.

N*Aturale* vocant, quod contrahitur ipsa naturali pecuniæ numeratione interveniente: *civile*, ubi quis spe futuræ numerationis accepisse confessus est, quod revera non accepit: & denique *mixtum*, ubi vel alius meo nomine numerat pecuniam, vel cum ante, aut post numerationem stipulatio interponitur, prout hoc ita explicat Petr. Nicol. Mozz *de contract. tit. de divis. mut.* vid. Struv. *S. I. C. Exerc.* 16. *th.* 6. qui tamen hanc divisionem & Lauterbach. *ad h. t.* cum eo illam recte rejicit. Civile enim, quod vocant, est peculiaris contractus, *chirographarius* scilicet: mixtum itidem, si alius meo nomine pecuniam numerat, non constituit novam mutui speciem, quod enim quis per alium facit, per se fecisse putandus est; si autem stipulatio vel antecessit, vel sequuta est, ad mutuum plane referri nequit. Ergo quia ipsa distinctio falsa est, forsan non opus erit, ut de ejus usu practico verba faciamus.

DI-

DISTINCTIO II.

Inter mutuum *verum & præsumtum.*

PRæsumtum est contractus literalis seu chirographarius. Ergo hæc distinctio eodem & non meliori nititur fundamento, quam præcedens, unde hic repeti possunt, quæ ibi dicta sunt.

DISTINCTIO III.

Inter exceptionem non numeratæ pecuniæ *debitori* & *creditori* competentem.

USus in præscriptione diversa sese exerit. Exceptio enim n. n. p. debitori competens, elapso biennio, excluditur, §. *un. l. de liter. oblig.* (unde quando Lauterbach. *ad h. t.* eandem perpetuam esse asserit; hoc saltem *ratione effectus*, postquam scilicet semel opposita fuit, intelligi debet, quod etiam indicat verbum sequens: *peremtoria.*) Quando autem creditor contra apocham, debitori forsan datam, replicare vult, hoc intra XXX dies fieri debet, *l.* 14. §. 2. *C. h. t.*

DISTINCTIO IV.

Inter exceptionem *non numeratæ pecuniæ & non numeratæ dotis.*

PRior, uti modo dictum, biennii lapsu excluditur. Circa posteriorem distinguendum: Aut matrimonium intra biennium solvitur, & tunc *anno continuo* a tempore soluti matrimonii: aut solvitur post biennium, intra decennium tamen, & tunc *tribus mensibus* excluditur exceptio non numeratæ dotis: aut denique ultra decem annos durat coniugium, & tunc plane cessat illa querela, *Auth. quod locum habet. C. de dot. caut. non numer.*

DISTINCTIO V.

Inter renunciationem exceptionis non num. pecun. *in chirographo* & *in separata schedula* factam.

PRior nihil valet. Facta enim est spe futuræ numerationis, quæ spes tamen sæpe fallit. Posterior autem exceptionem non numeratæ pecuniæ omnino excludit. Separatam enim schedulam aliquis spe futuræ numerationis dedisse non censetur, vid. Carpzov. *P.* 1. *Const.* 32. *def.* 65.

DISTINCTIO VI.

Inter formulas: Cajus hat mir 1000. Rthl. geliehen/ so wahr mir GOtt helffe & : Ich will Cajo die geliehene 1000. Rthl. wieder geben/ so wahr mir GOtt helffe.

Poste-

POsterior non impedit exceptionem non numeratæ pecuniæ, quia supponit conditionem, *modo pecunia numeretur*, quod utrum factum fuerit, aliunde prius probari debet, *v. l.* 16. *C. de non num. pecun.* secus in priori, quippe cum nemo sub nuda spe fallaci jurasse præsumatur, vid. Brunnem. *in Comm. Cod. ad d. l.* 16. *C. de non num. pecun.* Carpzov. *alleg. def.* 65. *

* Mutavi hanc sententiam in *doctr. ff. h. t.* §. *XXI.* ut nec priori casu per clausulam juratoriam exceptio non numeratæ pecuniæ excludatur, cum & talis clausula sub spe fallaci adjici soleat; unde nunc distinctionis nullum usum esse puto.

LIB. XII. TIT. II.

De jurejurando sive voluntario, sive necessario, sive judiciali.

DISTINCTIO I.

Inter juramentum *credulitatis & veritatis.*

JUramentum *veritatis* de certa scientia & super facto proprio præstatur, unde hic usitata formula: die Klage ins Gewissen schieben: Juramentum vero *credulitatis*

 de

de justa saltem opinione concipitur deque facto alieno, vel admodum antiquo proprio, quo casu hoc modo fit delatio: daß man es dem andern in seine Wissenschafft und Wollbewust geschoben haben wolle. Hæc quoad diversum conceptum. Usus practicus in eo sese exserit, quod is, qui juramentum veritatis præstitit, contrario probato, tanquam perjurus puniri queat, quia dolose fefellit alterum, ad cujus delationem juravit. Sed propter juramentum credulitatis ejusmodi pœna locum non invenit. Neque enim hic jurans certo quid affirmat, sed tantum verosimiliter. At vero eo ipso non negat, quod non etiam aliter forsan se res habere queat. Potest hinc simul decidi quæstio: *utrum heres juramentum, defuncto delatum, adhuc præstare possit?* Resp. enim, heres non jurat de veritate, bene tamen de credulitate, vid. Carpz. *P. I. C.* 12. *Def.* 40. *seq.* &. *Const.* 24. *Def.* 1. *seqq.*

DISTINCTIO II.
Inter juramentum *explicitum* & *implicitum.*

PRius cognoscitur ex consueta formula: So wahr mir GOtt helffe / ubi interdum additur: und sein heiliges Wort / vel: und das Heil. Evangelium: vel, durch JEsum Christum: posterius ex aliis formulis, v. gr. So wahr GOtt lebt: Bey dem Wort der ewigen Wahrheit:

heit: ich will GOttes Angesicht nicht schauen: ich will kein Kind GOttes oder der ewigen Seeligkeit werden/&c. Quoad usum fori addiscendum quæritur: *utrum perinde sit, sive quis explicitum, sive implicitum saltem juramentum præstet?* Respondemus verbis Carpzovii *P.* 2. *C.*16. *def.* 6. quod non negemus quidem, Deum implicite per verbum veritatis (& similes formulas) invocari, ac proinde promissionem sub verbo præsertim æternæ vel divinæ veritatis factam absque nota impietatis violari non posse, intelligitur namque per verbum veritatis divinæ ipsemet JESUS CHRISTUS, verbum patris, (hypostaticum, ut Theologi loqui consueverunt) Salvator noster, *Joh.* 1. *v.* 1. unde etiam Lutherus hanc formulam pro juramento agnoscit *in enarratione II. præcepti,* add. Joh. Zanger. *de except. p.* 3. *c.* 11. *num.* 192. & 193. nihilominus tamen, quoties in judiciis nostris juramentum aliquod præstandum est, sive in civilibus, sive in criminalibus, sive sit suppletorium, sive purgatorium, sive aliud aliquod; toties juramentum implicitum non sufficit, sed explicitum præcise requiritur, puto, ex hac ratione, quia omnes homines, præsertim plebeji, non ita semper vim juramenti impliciti percipiunt, quod tamen, si actus effectum sortiri debet, sine dubio exigitur. Imo, ne quidem renunciationem mulieris, sub promissione beym Wort der ewigen Wahrheit factam, pro jurata & valida haberi posse, asserit

idem Carpzov. *loc. cit.* cujus ſententia etiam in electoratu Saxoniæ recepta, alibi vero non, *v. Doctr. ff. ad tit. de Sc. Vellejan.* §. *XI.* Posſes etiam hoc addere, quod ii, qui juramentum implicitum violarunt, non ſtatim ut perjuri puniantur in foro externo, quod ſecus eſt intuitu juramenti expliciti.

DISTINCTIO III.

Inter juramentum *ſolenne* & *minus ſolenne*.

Prius (quod *aviſatum* etiam dicitur, ob aviſationem de vitando perjurio præcedentem, Germ. **ein zierlicher / gelehrter Eyd**) ſemper requiritur, quoties juramentum in judicio præſtandum: poſterius in extrajudicialibus ſufficit. Plurimas ſolennitatum ſpecies pro diverſitate locorum quam maxime variantes recenſuimus in *diſp. noſtr. de ſolennibus juramentorum*, ubi tamen *Cap. II.* ſimul oſtendimus, quod ex omiſſione ejusmodi ſolennitatum non ſtatim irritum reddatur juramentum. Sunt enim mera accidentalia, invocatio autem nominis divini unicum eſt requiſitum juramentorum eſſentiale.

DISTINCTIO IV.

Inter juramentum *aſſertorium* & *promiſſorium*.

Prius de *rebus præteritis* interponitur & de rebus non modo licitis, ſed de actionibus quo-

quoque lege prohibitis & turpibus, v. gr. quando in causis criminalibus testis jurat, Cajum homicidium, adulterium, & id genus alia delicta commisisse, eo ipso nihil illiciti admittitur, sed potius juramentum ad eruendam veritatem & sic ad bonum publicum promovendum tendit. Posterius autem *futura* respicit & de rebus illicitis non valet, quia alias ad delinquendum invitaret, ast turpium nulla est obligatio. Equidem ex *c.* 28, *X. de jurejur.* exsculpserunt DD. nostri famosam illam regulam: *Omne juramentum servandum esse, quod salva salute aeterna servari potest*, unde distinguunt inter facta *naturaliter* & *civiliter turpia*, ita ur priorum intuitu non habeat efficaciam juramentum præstitum, bene tamen quoad posteriora, vid. Lauterb. *ad h. tit.* sed distinguendum putarem: utrum lex civilis aliquid *præcipiat*, aut *prohibeat*, an vero saltem *permittat*; hoc posteriori casu admitto effatum juris canonici, de quo etiam solummodo loquitur *cit. c.* 28. quippe quod de fœmina alienationem rerum dotalium jurato confirmante disponit, quod in suum proprium præjudicium facere potest; quod si vero alii textus juris canonici hoc velint, ut etiam legi prohibitivæ, vel præceptivæ renunciare liceat, (quo pertinere videtur *c. pen. X. de pignor.*) illi tanquam juri Principum detrahentes & sic verbo divino contrariantes merito essent repudiandi, cum constans DD. sit assertio, quod jus canoni-

cum in terris protestantium non ulterius sit receptum, quam quatenus illud juri divino non contrariatur. Pluribus de hac materia actum in peculiari disput. de genuino intellectu brocardici: *Omne juramentum servandum esse, quod salva salute aeterna servari potest.*

DISTINCTIO V.

Inter juramentum *promissorium in specie sic dictum* & *confirmatorium.*

ITa subdistinguunt communiter juramentum promissorium, de quo sub *dist. praeced.* modo dictum fuit. Hoc autem eo ipso innuunt legum interpretes. Aut juramentum *statim ab initio* accedit negotio celebrato, v. gr. si quis dicat: dono tibi centum thaleros, ita me Deus adjuvet: aut accedit demum *ex post facto*, postquam negotium jam ante rite celebratum fuit, v. gr. donasti mihi centum thaleros, non tamen eos statim solvis, unde post aliquod temporis intervallum ego de tua fide dubitare incipio, tu autem, ut omne dubium mihi eximas, praeviam illam donationem adjecto juramento corroboras. Interim usum hujus distinctionis in praxi non deprehendo, sed quae paulo ante de juramento promissorio, generaliter considerato, diximus, eadem ratione ad utramque hanc subspeciem applicari possunt.

DISTINCTIO VI.

Inter juramentum *litis decisorium* & *æstimatorium*.

DUæ utplurimum in judiciis obveniunt distinctæ quæstiones: *an* & deinde *quantum* actori debeatur? Prior determinatur per juramentum litis decisorium, posterior per æstimatorium, quod etiam *in litem* alio nomine vocatur, de cujus speciebus ad *tit. seq.* agetur. Defertur autem litis decisorium *a partibus*: æstimatorium *a solo judice l. 4. §. 1. ff. de in lit. jur.* Ceterum recte quidem DD. ad juramentum litis æstimatorium etiam *juramentum expensarum* referunt ex *Ordin. Camer. p. 1. tit. 66. 67.* Verum hic notandum, quod illud in nostris judiciis raro frequentetur, quippe ubi victor expensas sine juramento designare & iudex deinde eas moderari solet, unde formula in sententiis consueta: Es ist auch Beklagter die auf diesen *Process* verwandte Unkosten nach vorhergehender *Liquidation* und erfolgter Mäßigung Klägern zu erstatten schuldig/V. R. W. Exceptio esset forsan, si maxima summa impensarum nomine peteretur ab actore, ubi pro re nata ad juramentum admitti posset.

DISTINCTIO VII.

Inter juramentum *respondendorum* & *litis decisorium*.

Quamvis aliquis mediante juramento respondendorum omnes & singulas ab altera parte oblatas positiones & sic totum ejus intentionis fundamentum negaverit, nihilominus tamen ab instituta actione nondum absolvitur, sed actori via probandi adhuc patet, & licet hic deinde contrarium probet, nondum tamen ut perjurus consideratur. Quæ omnia secus se habent, postquam juramentum litis decisorium a reo præstitum fuit. Ratio differentiæ hæc est: Juramentum respondendorum per indirectum saltem litis decisionem respicit, & nihil aliud est, quam species iuramenti calumniæ, illustr. Dn. Stryk. *in not. ad Lauterb. tit. de interrog. in jur. fac. verb. Dandorum.* Mevius *P.* 3. *Decis.* 175. *num.* & non tam de veritate, quam potius de credulitate concipitur, unde juxta stilum Cameræ per vocem: *credo* vel *non credo* responsiones efferuntur, quamvis juxta *Recess. Imp. noviss.* §. zu welchem Ende/ ibi: durch das Wort: Wahr oder nicht Wahr so viel ihr eigen Geschicht betrifft/ so viel aber frembde Geschicht betrifft &c. inter facta propria & aliena distingui debeat, vid. Brunnem. *Proc. Civil. c.* 17. *n.* 19. & 20. Quicquid tamen sit, juramentum illud nihilomnius manet solummodo juramentum calumniæ & sic prior adlata differentia inter illud & juramentum litis decisorium firmo adhuc stat talo, prout hoc quotidiana judiciorum praxis satis abunde confirmat.

DI-

DISTINCTIO IIX.

Inter juramentum *judiciale* & *extrajudiciale* f. *voluntarium*.

ACtus quidem judiciales & extrajudiciales aliias de jure communi ratione validitatis & effectus parum ab invicem differunt, nisi dicere velis, (1.) quod judiciales facilius probari possint & (2.) quod majorem præsumtionem pro se habeant, quam extrajudiciales? sed vero quod præsentem materiam attinet, non unus effectus distinctionis juramenti adlatæ in legibus deprehenditur. Scilicet juramentum extra judicium delatum species conventionis est, *l.* 17. *pr. h. t. l.* 20. §. 2. *ff. eod.* & ergo, quia omnes conventiones ab initio sunt meræ voluntatis, nemo ad illud suscipiendum tenetur, sed libere recusari potest, v. gr. si dicat alter: Ich mag nicht schweren/ ita ut propterea pœnam jurare nolentium, id est, præsumtionem confessionis factæ, non incurrat, quæ omnia in juramento in judicio delato aliter sese habent, ut deinde dicetur, ibi enim vel acceptandum est jurementum, vel referendum, vel conscientia probatione exoneranda. Porro, in juramento judiciali refertur juramentum delatum, is, qui ante detulerat, illud præstare præcise tenetur, quia non debet displicere conditio iurisiurandi ei, qui primo detulit, ut habet *l.* 34. §. 7. *ff. h. t.* secus in extra-

iudi-

judiciali, *d. l. 17. pr. h. t.* nam in relatione nova species conventionis adest, ad quam alter iidem cogi nequit. Denique magis vera est eorum sententia, qui statuunt, deferentem in extrajudiciali non esse obstrictum ad juramentum calumniæ, sibi enim imputet alter, quod illud delatum sponte acceptaverit, vid. Lauterb. *ad h. t. p. m.* 170. quod secus in judiciali. Posses & hoc addere: Post delatum juramentum judiciale debet accedere decretum judicis, eam delationem confirmans, Carpzov. *de Proc. tit.* 11. *art.* 1. *n.* 133. *& art.* 2. *n.* 2. a qua confirmatione demum delatio suum effectum sortitur; ast extrajudiciale vires suas a sola delatione & acceptatione habet. Ex judiciali actio judicati, ex extrajudiciali actio in factum oritur: extrajudiciale nullas solennitates requirit, bene tamen judiciale.

DISTINCTIO IX.

Inter juramentum *calumniæ generale* & *speciale* s. *malitiæ*.

Differunt hæ duæ species principaliter *objecto*. Juramentum calumniæ generale præstatur super tota causa, prout habent versiculi Poëtastri cujusdam:

Illud juretur, quod lis sibi justa videtur,
Et si quæretur, verum non inficietur:
Nil promittetur, nec falsa probatio detur,
Ut lis tardetur, dilatio nulla petetur.

Ju-

Juramentum malitiæ autem super puncto quodam speciali. Et hinc simul profluit, quod prius regulariter *ab initio* processus & *semel* tantum, posterius autem toties, quoties præsumtio contra alterutrum ex litigantibus suboritur, quod non bona fide agat, sed protractionem processus intendat, v. g. si multæ dilationes petuntur: si quis intervenire vult in processu: si quis exceptiones non fundatas objicit, &c. Prius præstatur *ab utraque parte simul, & ab advocatis* etiam; posterius ab altero saltem litigante, neque regulariter ab advocatis.

DISTINCTIO. X.

Inter juramentum litis decisorium *a judice & ab altera parte* delatum, quorum hoc *judiciale*, illud autem *necessarium* vocatur.

POst delatum juramentum *judiciale* tres viæ patent illi, quem delatio facta respicit. Aut enim potest juramentum acceptare, aut referre, (nisi forsan tale sit factum, cujus alter nullam notitiam habet, *l.*34. §. *8. ff. h. t.*) aut conscientiam probationibus exonerare, vid. Rauchbar. *p.* 2. *qv.* 3. *n.* 19. quod vocant, das Gewissen mit Beweiß vertreten / & licet in hac probatione defecerit probans, nihilominus reliquæ duæ viæ ipsi salvæ adhuc manent. Formulam pronunciandi in ejusmodi casu habet Brunnem. *Proc. Civ. c.*23. *num.* 14. daß N. das-

jenige/

jenige/was er sich zu Vertretung seines Gewissens zu bewei en angemasset / nicht bewiesen/ dannenhero er den deferirten Eyd zu *præstiren*/ oder zu referiren schuldig. Hæc in judiciali obtinent. Sed juramento *necessario* duæ saltem viæ competunt, acceptatio & conscientiæ exoneratio. Relationi locus non est. Cui enim referret? an judici deferenti? sed hoc valde absonum futurum esset. Asserit qnidem Carpzov. *de Procss. tit.* 12. *art.* 2. *num.* 94. citatus a Lauterb. *h. t.* quod nec probatio pro exoneranda conscientia in hoc juramento locum habeat. Sed eam sententiam tanquam fundamento destitutam recte jam rejecit illustr. Dn. Stryk in *not. ad Lauterb. h. t. verb. recusari.* Porro, si acceptatur juramentum *judiciale*, deferens ante omnia juramentum calumniæ præstare tenetur, *l.* 37. *h. t.* alias enim quilibet ex mera malitia deferre interdum juramentum posset. At vero judex deferens *necessarium*, non jurat de calumnia, quippe qui præsumtionem legis pro se habet, quod bona fide agat omnia. Denique & hæc notabilis inter utrumque juramentum intercedit differentia. *Judiciale* semel præstitum non retractatur propter nova instrumenta, bene tamen *necessarium*. Ratio differentiæ habetur in *l.* 37. *h. t.* quia in priori casu adest conventio quædam & transactio (ibi: *transactum sit negotium)* atque adeo alter sibi imputare debet, quod delationi juramenti rem commiserit. In poste-

posteriori casu autem illa ratio sine dubio cessat, quia delasio à judice facta. Hoc tamen adhuc notandum: scilicet, quando diximus, juramentum judiciale non posse retractari sub prætextu periurii admissi, quod illud saltem intuitu privati interesse intelligendum sit. Criminaliter ergo nihilominus puniri poterit ille periurus, cum pars deferens interesse publico præjudicium inferre neutiquam potuerit.

DISTINCTIO XI.

Inter juramentum *suppletorium* & *purgatorium*.

PRius regulariter defertur actori; posterius reo. *Regulariter* inquam, interdum enim fieri potest, ut propositio convertatur, quando scilicet de exceptione agitur, ubi reus actoris, actor autem rei vices sustinet. Porro: quando defertur juramentum suppletorium, tunc semiplena ad minimum probatio requiritur, quæ fit per unum testem omni exceptione majorem. Ant. Faber *in Cod. l.* 4. *tit.* 1. *def.* 4. *n.* 5. & *def.* 18. *n.* 7. sed si judex vult deferre juramentum purgatorium, tunc saltem contra reum conjecturæ quædam adsunt, quæ probationem semiplenam non efficiunt, v. gr. unus testis omni exceptione non major. Suppletorium in causis civilibus, saltem defertur, non vero in criminalibus, quando de crimine pœnam corporis afflictivam inferente agi-

agitur, quia tunc probationes luce meridiana clariores requiruntur, *l. ult. C. de probat. ibique Gothofr.* Carpz. *P.* I. *C.* 23. *Def.* 11. Menoch. *A. I. Q. lib.* I. *cent.* 5. *caſ.* 464. *n.* 1. *ſeqq.* aſt purgatorio & in civilibus & in criminalibus locus eſt, Mev. *p.* 6. *Dec.* 147. *num.* 7. Heig. *p.* I. *qv.* 40. *n.* 10. unde negligentiæ advocatorum (non enim dicam ignorantiæ) interdum adſcribendum eſt, quod illud juramentum in favorem clientum ſuorum non urgeant ab adverſario. Regula enim: *Actore non probante, abſolvendus eſt reus*, non obſtat, quo minus reo, indiciis grauato, tortura illa ſpiritualis imponi queat. In purgatorio multæ adhiberi ſolent ſolennitates; in ſuppletorio non.

DISTINCTIO XII.

Inter juramentum purgatorium *in cauſis civilibus* & *criminalibus* delatum.

Usus quam maximus in foro hic deprehenditur. Si enim in cauſis ciuilibus illud juramentum defertur, alter autem id præſtare recuſat, tunc manemus in regula vulgata: quod ſcilicet jurare recuſans pro confeſſo habeatur, ſive, quod idem eſt, incurrit pœnam jurare nolentium *v. l.* 34. §. 6. *& l.* 38. *ff. h. t.* aſt, qui in criminalibus (grauibus ſcilicet) jurare recuſat, propterea non ordinaria, ſed extraordinaria ſaltem, pœna afficitur, Menoch. *A. I. Q. lib.* 2. *caſ.* 274. *n.* 5. Zœſius *ad tit. de purgat. Canon.*

in f.

f. Brunnem. *Proc. civ. c.* 23. *n.* 36. condemnatus enim est ex præsumtionibus saltem, & non adest probatio luce meridiana clarior.

DISTINCTIO XIII.

Inter *obtestationem & juramentum.*

OBtestatio vocatur, quando quis alterum, nominato Deo, vel alia quadam re ipsi carissima, vel ab ipso maxime verenda, obsecrat de veritate dicenda, qualis est Archi-Sacerdotis *Matth.* 26. *v.* 63. Ich beschwere dich bey dem lebendigen GOtt/ daß du uns sagest/ ob du seyest Christus/ der Sohn GOttes. Ejusmodi obtestationem non esse juramentum, quilibet facile videt, atque hinc cum juramento etiam confundi non debet, conf. Exc. Thomasius *Jurispr. divin. l.* 2. *c.* 9. §. 65.

DISTINCTIO XIV.

Inter *contestationem & juramentum.*

IN juramento adest invocatio nominis divini, sed contestatio dicitur, quando quis comparatione rei gratissimæ (*aliena* tamen, non propriæ) asseverat, non minus sibi cordi esse veritatem in illa re, ac sibi est illa res nominata. Exempla habentur *Genes.* 42. *vers.* 15. 16. ubi Joseph fratres suos ita alloquitur: Daran will ich euch prüffen bey dem Leben Pharaonis/

raonis/ &c. item. 2. *Reg.* 2. *verſ.* 2. & 4. ubi Eliſa ad Eliam: So wahr der HErr lebt / und deine Seele / ich verlaß dich nicht. Exc. Thomaſius *loc. cit.* §. 66. Uſus in eo conſiſtit: utrum is, qui contravenit ejusmodi conteſtationi, tanquam perjurus in foro humano puniri poſſit? quæ ſine dubio negari debet.

DISTINCTIO XV.

Inter *aſſeverationem* & *juramentum*.

IN aſſeveratione iterum non eſt invocatio nominis divini, ut in juramento, ſed ea dicitur, quando quis comparatione rei *propria* gratiſſimæ teſtatur, ſibi non minus cordi eſſe veritatem, ac ſibi cordi eſt conſervatio rei. Diſtingui tamen in duas claſſes ſolent ejusmodi conteſtationes. Scilicet vel fiunt *a Principibus* & *illuſtribus perſonis*, bey Fürſtlichen wahren Worten/ Treu und Glauben / Item bey Adelichen Treuen/ bey Cavaliers Parole, &c. vel *a privatis hominibus*, v. gr. ſo wahr ich ein ehrlicher Mann bin/ ich will ein Schelm/ oder nichts wehrt ſeyn/ &c. Poſteriores nullum effectum regulariter producunt, nec pœna afficitur is, qui adhibitis hujus generis aſſeverationibus alterum fallit, niſi quod, ut alias, ad intereſſe conveniri poſſit. De prioribus vero dicitur, quod vim juramenti habeant, Gail. 2. *Obſ.* 54. *num.* 11. & *alii apud Lauterb. h. t.* idem poteſt eſſe, ſi propter ſpecialem conſuetudinem

nem certi populi, vel certæ etiam sectæ, vis juramenti asseverationibus tribuatur, quo refero Quakerorum formulam: Bey Mannen und Worten/ conf. Dn. Thomas. *l. c.* §. 67. Hugo Grotius *de J. B. & P. l.* 2. *c.* 13. §. *ult.* quamvis illud, quod de illustribus personis dictum, quoad vim obligationis saltem intelligi debeat, non autem eo respectu, ac si pœnæ perjurii ordinariæ propterea locus sit, quod in Quakeris etiam locum invenire existimo. Ergo adhuc multum interest, ut juramentum ab asseverationibus accurate distinguatur. Posses etiam formulam: an Eydes statt/ huc referre, quippe quæ ex omnium confessione vim veri juramenti non habet, v. Ruland. *de commiss. p.* 2. *l.* 2. *c.* 11. *num.* 32. Nota adhuc: si contestationibus accedunt maledictiones, v. gr. Diabolus me rapiat, &c. tunc *execratio* vocatur.

LIB. XII. TIT. III.

De in litem jurando.

DISTINCTIO I.

Inter juramentum *affectionis* (s. ordinarium) & *veritatis* (s. extraordinarium.)

Juramentum affectionis toties præstatur, quoties alter rem nostram, (*speciem* scilicet,

eamque *raram admodum*, ita ut similis facile haberi nequeat) quam ipsi forsan commodavimus, locavimus, vel penes ipsum deposuimus, *dolo malo* restituere detrectat, vel eandem restituere paratus quidem est, ita tamen dolo corruptam & deterioratam, ut usum consuetum nobis amplius præstare non possit, *l.* 5. §. 3. *h. t. l.* 68. *ff. de R. V.* & huc pertinet quoque, si corruptio non quidem per dolum, per *latam* tamen *culpam* facta fuerit, agitur enim de privato saltem interesse consequendo, & vero tunc lata culpa dolo æquiparari solet, *l.* 32. *ff. depos.* E contrario autem, si quis per *levem culpam* rem deterioravit, aut fecit etiam, quo minus eadem restitui possit, juramento *veritatis* locus est, *l.* 2. §. 1. *ff. h. t.* In juramento *affectionis* sine ulla taxatione in infinitum iuratur, *d. l.* 68. *ff. de R. V.* Per iuramentum *veritatis* autem illud solummodo æstimatur, quod interest agentis, *d. l.* 2. §. 1. *h. t.* juramentum *affectionis*, quia tendit ad coercendum admissum a defuncto dolum, non datur aduersus heredes, bene tamen juramentum *veritatis*, ubi meram rei restitutionem pro scopo habemus, vid. Lauterbach. *ad h. t. circ. fin.*

Eam quoque tanquam notabilem differentiam adducere solent, quod iuramentum *affectionis* in actionibus bonæ fidei solummodo locum habeat, non autem in judiciis stricti juris, in quibus nempe æstimatio per juramentum *veritatis* suscipitur. Sed illa assertio,

quod pace dissentientium dictum sit, nec iuri civili, nec praxi nostrorum iudiciorum consentanea esse videtur. Quod enim ius ciuile attinet, ibi nec in omnibus b. f. iudiciis iuramento affectionis locus est, sed in aliquibus saltem. De emtione, quæ sine dubio ad iudicia b. f. pertinet, expressus habetur textus in *l.* 4. *C. de act. emt. & vend*, ubi Impp. Diocletinanus & Maximianus ita: *Si traditio rei venditæ iuxta emtionis contractum procacia venditoris non fiat; quanti interesse compleri emtionem fuerit arbitratus Præses provinciæ, tantum in condemnationis rationem deducere curabit.* Puto tamen, quod & hic exceptio esse possit, si forsan res rara, cuius similis vel plane non vel admodum difficulter haberi possit, vendita alicui fuerit. Hoc interim exinde ostendisse sufficiat, non esse regulam universalem: quod indistincte in omnibus b. f. iudiciis in litem iurare & pretium affectionis petere liceat. Quemadmodum autem hæc regula in contractibus b. f. affirmative non procedit: ita nec e contrario in stricti iuris iudiciis universaliter dici potest, quod in illis nunquam illi iuramento locus relinquatur. Textus in *l.* 5. *pr.* & §. *f.* item in *l.* 6. *ff. h. t.* quam pro sua sententia adducit Lauterbach *Comp. iur. h. t.* ipsi magis adversatur, quam quod patrocinium præstet, quod etiam agnoscit B. Struvius *in S. J. C. Exerc.* 17. *th.* 65. quando asserit, in stricti iuris iudiciis iuramento affectionis locum non dari,

cum hac tamen restrictione, *præterquam si per accidens fiant arbitraria*, ad quam restrictionem probandam *d. l.* 5. §. *f. h. t.* adducit. Audiamus ipsum Marcianum in *cit.* §. *f. Plane*, inquit, *interdum & in actione stricti judicii in litem jurandum, veluti si promissor Stichi moram fecerit, & Stichus decesserit, quia judex æstimare sine relatione jurisjurandi non potest rem, qua non extat.* Forsan vero dices, hoc de juramento veritatis saltem intelligi debere, quo etiam respexisse videtur Lauterbach, dum *pr.* & *d.* §. *f.* coniungit. Sed vero ex collatione *illius princ. cit. loc.* liquido constat, quod de juramento affectionis locutus fuerit JCtus, quia ibi de jurejurando in judiciis b. f. & arbitrariis præstando expresse agitur. Quod si urgeas: interim tamen verum manere, quod ut plurimum in b. f. rarius autem in stricti juris judiciis juramentum in litem affectionis locum habeat, & vero in rebus moralibus regulæ universales ab eo desumi soleant, quod *utplurimum* obtinet; Resp. id quidem verum esse, sed simul addo, id nostro casu non exinde provenire, quia illi contractus sunt bonæ fidei, sed quia in illis utplurimum de rebus *in specie* restituendis agitur, v. g. in deposito, commodato, pignore, locato, &c. perinde ut in actionibus realibus, quæ arbitrariæ vocantur, ut in rei vindicatione & similibus. In hisce autem omnibus species illa, tanquam objectum actionis, ita comparata est, ut affectionem utplurimum specialem recipiat.

cipiat.

cipiat. In actionibus stricti juris hoc autem interdum solummodo fit, v. g. si res rara donata, aut apud Romanos per stipulationem promissa fuerat. Ita ergo regula ad sensum juris Romani formanda esse videtur: *In quibuscunque actionibus species rara, pretium affectionis recipiens petitur, ibi juramentum affectionis præstatur, sive ea actio sit realis, sive personalis, sive b. f. sive stricti juris.*

Sed, posito etiam, adlatam differentiam in legibus Romanis fundatam esse, ulterius tamen tunc inquirendum esset; *utrum ea adhuc hodie apud nos usum in foro præstare possit?* Certe ea differentia ex nullo alio fundamento derivari posset, quam quod judex pedaneus apud Romanos in judiciis stricti juris ad verba contrahentium præcise adstrictus erat, nec ultra eadem progredi poterat, quamvis æquitas hoc suadere videretur, prout hoc accurate ostendit Wesenb. *in Parat. ff. h. t. num.* 6. sed ubi locorum judices pedanei apud Germanos deprehenduntur? Et ergo ubi est hodie tam restricta eorum potestas? nullibi certe. Quid ergo? numne corruente fundamento effectus adhuc durare poterit? non videtur, nisi absurdum aliquod admittere velimus.

Cupis forsan autoritates? Producimus Carpzovium, cujus verba in *P.* 1. *c.* 23. *Def.* 19. *num.* 7. *seqq.* sequentia sunt: *Etsi vero*, inquit, *lubens fatear prædictam distinctionem* (inter judicia b. f. & stricti juris) *ab interpretibus fuisse*

ceptam, ac commode etiam retineri atque defendi posse, (de quo tamen nos propter ea, quæ paulo ante adduximus, adhuc dubitamus,) ,--- *non memini tamen*, addit, *in praxi hanc differentiam multum attendi, quin potius arbitrio judicis relinqui, quando juramentum hoc, sive affectionis, sive veritatis, deferendum existimet. Nam citra jusjurandum in litem arbitrio judicis multum esse tribuendum, satis apparet ex l. 4. §. 2. & 3. l. 5. §. 3. & 4. ff. de in lit. jurand. Ex quo fit*, ita concludit, *ut hodie non solum in omnibus b. f. actionibus sive in rem, sive in personam, quibus res restituitur, sed etiam in strictis judiciis, arbitrariis & non arbitrariis, ex causa justa atque sufficiente in litem juretur, ut notat* Andr. Rauchbar. *p. 1. qu. 9. num. 32.* Verba Carpzovii ita perspicua esse reor, ut nulla ratione de solo veritatis juramento intelligi possint, quamvis eadem ita explicare voluerit B. Brunneman. *ad l. 5. ff. h. t. num. 9.* Carpzovio junge Struvium *Jpr. R. G F. l. 4. tit. 12. aphor. 17.*

Facile quidem credimus, contrariæ sententiæ etiam non defuturos, quos pro stabilienda sua opinione adducere possint; sed in collisione ejusmodi diversarum autoritatum ea semper præferri debet, quæ cum genuinis principiis convenit, qualem Carpzovii esse, ante demonstratum fuit. Ex quo simul apparet, testimonium dicti Carpzovii non ad solam Saxoniam restringendum esse, sed ex identitate rationis ad omnia Germaniæ fora extendi

xtendi & applicari jure debere. Conferan-
ur omnino, quæ pro more suo hic solidissi me
leduxit illustr. Thomasius *in disp. de pretio af-
fectionis in res fungibiles non cadente cap. 3.
§. 24. seqq.*

DISTINCTIO II.

Inter affectionem *extra rem* & *in ipsa re radicatam*.

USum hujus distinctionis in eo ponunt non-
nulli, quod juramentum in litem affectio-
nis tunc saltem locum habeat, quando adest
affectio *in ipsa re*, v. gr, raritas, ut res similis
vel plane non, vel tamen admodum difficulter
iterum haberi possit; non autem si *extra rem*
est, v. g. si quis rem aliquam propterea maxi-
mi faciut, quia ipsi a Principe, vel Patrono ea-
dem donato fuit, quæ sententia placuisse vide-
tur Lauterbachio *circ. fin. h. t.* & Dn. Beyero
in Pos. ff. ad h. t. pos. 2. 3. & 4. conf. quos citat.
Brunnem. *ad l. 1. ff. h. t. num. 7.* & Hilliger *ad
Donell. lib. 26. c. 6. lit. D.* Verum hæc opinio
simpliciter approbari nequit, cum juxta *l. 35.
ff. de minor.* interdum quoque affectio extra
rem consideretur. Ita enim Hermogenianus
in d. l. Si in emtionem, inquit, *penes se colloca-
tam minor adjectione ab alio superetur; im-
plorans in integrum restitutionem audietur,
si ejus interesse, emtam ab eo rem fuisse, ad-
probetur:* veluti quod majorum ejus fuisset:
*ita tamen, ut id, quod ex licitatione
accesserit, ipse offerat venditori.* Eodem

fere recurrunt, quæ Javolenus in *l. 36. ff. de bon. libert.* habet, ubi ita: *Multi enim casus intervenire possunt, quibus expediat patrono petere bonorum possessionem, quamvis æris alieni magnitudo, quam libertus reliquerit, facultates patrimonii ejus excedat:* veluti, si prædia sunt aliqua ex bonis liberti, in quibus majorum patroni sepulchra sint, & *magis æstimat patronus, bonorum possessionis jura pro parte ea ad se pertinere: vel aliquod non pretio, sed affectu sit æstimandum. Non ergo ideo minus jus habere debet petendæ bonorum possessionis, qui animo potius, quam aliorum computatione, bona liberti æstimat.*

Ut vero distincte mentem nostram explicemus, ita dicendum esse existimamus: *Propter interesse in ipsa re radicatum juramento in litem affectionis semper locus; sed propter interesse extra rem consideratum, illud interdum saltem admittitur, interdum non.*

Nova autem incertitudo adest. Quæritur enim nunc ulterius: quales sint illi casus, ubi actor ad juramentum affectionis propter interesse extra rem consideratum admittatur? Hic vero egregiam navavit operam Illustr. Thomasius *in cit. Disp. Cap. I. §. 24.* ubi totam quæstionem ita ex fundamento explicat. Scilicet omne pretium affectionis, prout hoc ipsa denominatio indicat, ex affectibus humanis, circa rem quandam concurrentibus, oriri dicit. Sed vero affectus triplices sunt, *ambitio, avaritia* & *voluptas*. Quantum ad *avaros* attinet,

tinet, illi erga res singulares nullam fere affectionem fovent, nummis solummodo intenti, quorum erogatione commodum suum promovere possunt, quæ commodi promotio in rebus singularibus cessat. Ergo avaro aliquot nummi a principe donati magis arrident, quam alia gratiæ & benevolentiæ testimonia, quia non illam primario intendit, sed tantum habet pro medio perueniendi ad finem suum, scilicet ad divitias.

Aliter res sese *ambitiosorum* intuitu habet. Unde omnes fere circumstantiæ, propter quas affectio circa rem adesse creditur, unice in aliqua ambitione fundantur, *v. g. quod res sit donata a principe*. Ambitiosus enim nihil ipsa gratia principis antiquius habet. Et quamvis levissimum saltem fuerit, quod profectum est a Principe, ambitioso tamen id inæstimabile videtur. *Præmium illustris alicuius certaminis* eandem affectionem producit, & licet vel coronæ gramineæ, ut olim, ferreæ, aut quercinæ datæ fuerint, circumstantia tamen certaminis & fortitudinis magnam affectionem operatur. *Reliquias* porro *casus alicujus insoliti* magnifacere solemus, non ob alium finem, quam ut jactatione quadam multa de casu illo insolito & periculo, in quo nos tanquam homines singulares servati fuerimus, aliis narrare possimus, quo pertinet v. gr. equus, cujus ope magnum periculum quis evasit, &c. Item, *quæ a majoribus accepimus*, in magno etiam pretio habemus;

mus, antiquitas enim familiæ ambitionem auget, nam quo antiquior res est, eo antiquius præbet testimonium de antiquitate familiæ.

Quoad *voluptuosos* similiter species quædam affectionis deprehenditur. Sed hi potius eo respiciunt, an res dilectas a sodalibus suis, vel ab amasia acceperint, quam a Principe, aut viro quodam illustri. Unde linteolum, aut ligamentum, amoris testimonium, ein affections-Bändgen, pluris faciunt, quam alias res pretiosissimæ ab aliis æstimari solent.

Applicationem jam ita facimus. *Pretium affectionis ex ambitione proveniens, licet affectio sit extra rem posita, juramento in litem affectionis locum concedit, secus quam illud, quod ex voluptate oritur.* Ratio *cit. loc.* §. 26. suppeditatur. Nempe voluptas est vitium, quod omnium reprehensioni est obnoxium, adeoque huic non succurrunt, neque ei favent leges humanæ. Accedit, quod leges ferantur ab ambitiosis hominibus, h. e. ab hominibus in virili ætate constitutis, qui aliis dominantur, qui adeoque leges ingenio proprio valde indulgentes condunt, & ea, quæ ipsis adversa sunt, condemnant. Adde *c.* 3. §. 35. *disp.* ubi ita: sicuti in iure non quilibet metus actionem quod metus causa producit, sed is demum, qui cadit in virum constantem, *l.* 5. & 6. *A. quod met. caus.* & qui a viris bonis, h. e. ambitiosis approbatus est, *l.* 8. §. 2. *eod.* ita nec omnis affectionis erga rem in iudiciis ratio habe-

habetur, sed eius demum, quæ cadit in virum honestum & gravem. Addimus ad illustrationem dictorum adhuc *l.* 6. §. 2. *ff. de Oper. servor.* ubi Ulpianus: *item*, inquit, *voluptatis vel actionis æstimatio non habebitur, veluti si dilexerit eum* (servum) *dominus*, *aut in deliciis habuerit.*

LIB. XII. TIT. IV.

De condictione causa data, causa non secuta.

DISTINCTIO I.

Inter causam *præteritam* & *futuram*, ob quam aliquid datum fuit.

Causa præterita huc non pertinet. Ponamus, ergo, Titium ædes suas Sempronio vendidisse non solum, sed præterea etiam tradidisse, Sempronium vero in solutione pretii hactenus moram commisisse; quæritur, an Titius propterea jus poenitendi habeat, & a contractu iterum resilire possit? Notum vero est ex vulgaribus principiis, quod in nullo contractu nominato, qualis est emtio venditio, poenitendi facultas competat, sed solum propter moram alterius ad interesse agendum sit, consensus enim hic absque pretii solutione jam perfectam producit obligatio-

nem,

nem, & in hoc consistit *causa* illa *praterita*, *v. l.* 8. *C. de contrah. emt.* secus in contractibus innominatis, ubi ex solo prævio consensu, tanquam pacto nudo, causa, id est oblitio perfecta nondum oriebatur, sed ex traditione demum, v. gr. Do, sed sub modo, UT DES: do, ut FACIAS, ergo ob causam saltem futuram, quæ si non adimpletur, ut sperabam, facultas rem meam repetendi mihi etiam competit. *v. l. ult. ff. h. t.*

Quæritur autem, cum hodie ratione obligationis inter contractus nominatos & innominatos non amplius sit differentia, utrum adlata distinctio usum aliquem adhuc in praxi præstet? Affirmative respondendum esse existimamus. Nam adhuc frequenter accidit, ut aliquid detur sub modo, v. g. ut a lite discedatur, ut matrimonium mecum contrahatur, quod fit in arrhis sponsalitiis & dote, nec non, ut negotium expediatur, quem tamen modum implere cessat alter, quis vero dubitaret, quod in tali casu huic nostræ condictioni non sit locus, *v. l.* 3. §. 2. & 3. *l.* 6. *aliasque ff. h. t.* Idem est, si quid donatum fuerit sub modo, *v. g. ut alter certa tibi alimenta praberet*, juxta *l.* 1. *C. de donat, qua sub mod.* ubi etiam rei vindicatio conceditur, quæ alias quidem iuxta principia juris Romani in ejusmodi casibus locum non invenit.

Ad causam futuram alias quoque *conditio* referri solet: sed ea in præsenti materia non in-

ndigitatur. Deficiente enim conditione, totus actus annihilatur, *l. 37. ff. de contrah. emt.* *l. 8. pr. ff. de peric. & commod. rei vend.* ergo res tunc vindicari poterit a quocunque possessore. Quamvis vero in *l. 3. & 7. C. de Condict. ob cauf. dat.* synonymice accipiantur illa duo vocabula: *conditio* & *modus*, quilibet tamen vocem *conditionis* hic abusive sumi facile advertit.

LIB. XII. TIT. V.

De condictione ob turpem, vel injustam causam.

DISTINCTIO I.

Inter causam *turpem* & *injustam*.

SOllicite has duas species ab invicem distinguunt nonnulli LL. interpretes, ut Frantzkius *in Comm. ad h. t. num. fin.* Lauterbach. *ad h. t.* Perez. *ad tit. C. de Condict. ex Lege n. ult.* nec non Struvius *S. I. C. Ex. 18. th. 28.* qui hanc differentiæ rationem (quantum ex subjectis ab eodem exemplis colligere licet) adducit, quod condictio ob *turpem* causam locum inveniat, si quid datum ratione alicujus præstandi *in futurum*, quod intuitu accipientis turpe sit; condictio autem ob *injustam* causam, si accipiens quid consecutus fuerit ex

causa

causa injusta *praterita*, v. gr. si repeto pecuniam ex coacta stipulatione solutam, aut si condicuntur fructus, quos m. f. possessor ex re nostra provenientes consumsit, &c. Frantzkius *loc. cit.* ulterius condictionem *ob injustam causam* & *ex injusta causa* a se invicem distinguit, dicendo, quod prior respiciat futurum, posterior autem præteritum. Sed ita condictio ob injustam & turpem causam coincidere videtur? Has vero ita distinguit, ut condictio ob turpem causam locum habeat, si quid propter *singularam aliquam* turpitudinem futuram detur; ob injustam vero, si talis singularis turpitudo non subsit.

Verum enim vero rectius monent alii, revera nullam hic subesse differentiam. Omne turpe est injustum, & omne injustum est turpe. Turpitudo quoque talis semper manet, sive tanquam præterita concipiatur, sive tanquam futura. Nec gradus turpitudinis diversam decisionem suppeditare potest. Et ergo sine causa duas rubricas codici inseruit Tribonianus, unam *de condictione ob turpem*, alteram *de condictione ex injusta causa* conf. Schilter. *Exerc.* 24. *th.* 16. Exc. Thomasius *in not. ad Strauch. Diss.* 22. *th.* 9.

Et quid si etiam concederemus dissentientibus, quod revera inter utramque speciem differentia intercedat? ea tamen theoretica saltem esset, non practica, cum in eo conveniant omnes, quod non solum illud, quod pro-

opter *injustam*, sed & quod propter *turpem* usam dedi, indistincte iterum repeti possit. Ergo eorum intuitu, qui hic nimis subtiliter disputant, vulgatum illud optime applicatur:

Maxima de nihilo nascitur historia.

DISTINCTIO II.

ter turpitudinem intercedentem vel ex parte *solius dantis*, vel *solius accipientis*, vel *utriusque simul*.

HÆc distinctio extra omne dubium magnam utilitatem adhuc hodie in foro præit. Scilicet, si turpitudo *ab utraque parte* est, v. g. si tibi centum thaleros do, ut Tium verberes, occidas &c. condictioni locus on datur, quia in pari causa possidentis contio semper melior habetur, *v. l. 3. ff. h. t.* em est, si turpitudo deprehendatur in perna *solius dantis*, quo pertinet exemplum lpiani in *l. 4. §. 3. ff. h. t.* si meretrici aliquid tum fuerit, quod repeti nequit. Quamvis im Ulpianus male audiat communiter, quod xerit: *meretricem turpiter facere, quod meretrix; non turpiter accipere, cum sit eretrix*; recte tamen sese habet ejus assertum, uxta mores Romanorum, quibus lupanaria lerabantur, explicetur. Qui enim ex legis rmissione agit, ille quidem actionem laubilem non suscipit, in foro tamen externo

K pro

pro homine turpi haberi nequit, licet inter personas viles & abjectas referatur. Quod si tamen de foro interno & moribus nostris quæstio formaretur, aliud omnino dicendum esset. Quod si vero *a parte solius accipientis* turpitudo interveniat, v. g. si quid alteri dem, ne furtum, vel damnum mihi inferat, ne injuriam faciat: ut depositum, vel commodatum restituat, quod sponte facere recusabat, *v. l. 2. §. 1. & l. 9. h. t.* tunc demum condictioni locus est. Danti enim nihil imputari potest, bene tamen accipienti.

LIB. XII. TIT. VI.

De condictione indebiti.

DISTINCTIO I.

Inter in debitum *absolutum* & *secundum quid* tale.

PRius vocant, quando is, qui indebitum accepit, nullam omnino causam allegare valet, propter quam solutum repetere possit, v. g. si pupillus sine tutoris autoritate aliquid promisit & solvit, item, si id, quod sub conditione promissum, ea adhuc pendente, solvitur, &c. *posterius* autem, quando accipiens vel jus naturale, cui lex civilis non assistit, vel e contrario jus civile strictum & subtile, quod

uod ab æquitate naturali quodammodo recet, pro se allegarre valet, unde nova distinctio debiti oritur, de qua mox dicemus sub *dist.* *l.* Usus præsentis distinctionis hic est: Inebitum absolutum indistincte repeti potest; lud vero, quod saltem secundum quid tale est, nterdum repetitur, interdum non, prout etiam icetur.

DISTINCTIO II.
Inter indebitum *ex errore juris &* *facti* solutum.

UTrum in hac materia omnis error condictionem pariat; an vero error facti solum, valde inter DD. disquiritur. Sed nos reservaimus decisionem ejusdem ad *tit. de iuris & facti ignorantia.*

DISTINCTIO III.
Inter indebitum *naturale tantum &* *civile tantum.*

N*Aturale tantum* vocatur, quod quidem iuxta ius civile strictum & subtile peti posset,(& adeo hoc respectu non esset indebitum) sed cui simul tamen æquitas naturalis resistit, quo minus exigi queat. Exemplum habuimus *ad tit. quod vi metusve caus. gestum erit*, ubi juxta Stoicorum principium: coacta voluntas etiam est voluntas, promissa metu ex-

torta omnino præstanda erant vi stricti iuris, sed prætor tamen, tanquam restaurator æquitatis naturalis, restitutionem concedebat, vi cuius promissum non solum non præstari debebat, sed tunc quoque, si jam præstitum erat, solutum repeti poterat. *Civile tantum* appellant, ubi quidem æquitas naturalis solutionem factam suasit, sed vero de jure ciuili actio ad eam exigendam non competiit. Tale erat, quod ex nudo pacto debebatur. Quantum ad usum practicum attinet, ita tenendum: Si indebitum est *naturale tantum*, tunc illud omnino iterum repetitur, prout ex adducto exemplo de obligatione vi metuque extorta satis liquido adparet. In concursu enim æquitatis naturalis & stricti juris, illa huic sine dubio præferenda est, conf. *l.* 47. *ff. h. t. verb. quoniam indebitam jure gentium pecuniam solvit. l.* 66. *h. t. ibi: hac condictio ex bono & æquo introducta, quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare consuevit.* Ast, si indebitum *civile tantum* est, tunc non repetitur solutum, ex modo adducta ratione, conf. *l.* 15. *pr. ff. h. t. verb. indebiti soluti condictio naturalis est.* Et huc recurrit, quando communiter asserunt DD. nudum pactum apud Romanos non produxisse quidem actionem, bene tamen exceptionem; v. *l.* 7. §. 4. *ff. de pact.* Unde maximam curam adhibere convenit, ut alterum ab altero probe distinguatur.

DI.

DISTINCTIO IV.

[Int]er *errorem* intercedentem ex parte *solventis* & *accipientis*.

JSum distinctionis in eo ponit Lauterbach. *ad h. t.* quod ratione solventis error facti [so]lummodo excuset, non autem error juris; ra[tio]ne accipientis autem utraque, cum is ex er[ro]re suo, qualiscunque ille demum fuerit, lu[cr]um consequi non debeat. Quænam quoad [pr]ius (nam posterius libenter concedimus) no[str]a sententia, ex iis, quæ *infra ad tit. de ju[ri]s & facti ignorantia* dicentur, & simul de [us]u hujus distinctionis genuino constabit.

DISTINCTIO V.

Inter condictionem indebiti *certi* & *incerti*.

PRiori locus est, quando certum quid repetimus, v. g. certam quantitatem, ædes, [fu]ndum, equum, & id genus alia; *posteriori*, [q]uando incertum quid condicitur, id est, in[te]resse, possessio, obligatio, &c. vide casum in [l.] 40. §. 1. *ff. h. t.* add. *l.* 15. §. 1. *ff. h. t.* Usus [p]racticus nullus adest, sed mere theoreticus, [u]t diversa condictionis hujus objecta probe ab [i]nvicem separentur. Idem in reliquis titulis [o]bservandum, quando scilicet etiam condi-

ctio sine causa, condictio furtiva aliæque ita distingui consueverunt, nisi forsan quoad condictionem furtivam dicere velis, quod ea, si *certi* dicitur, domino soli, *incerti* autem nondominis competat, quamvis & hic in effectu parum intersit.

LIB. XIII. TIT. I.

De condictione furtiva.

DISTINCTIO I.

Inter *condictionem furtivam* & *actionem furti*.

UTraque ex delicto quidem provenit, & sic mere personalis est, (nam a tertio rei furtivæ possessore eadem vindicari debet) differunt tamen *diverso fine*. Scilicet condictio furtiva rem solummodo persequitur, vel si res non amplius extat, ejus æstimationem; actio furti autem mere pœnalis est, quippe qua vel duplum, vel quadruplum apud Romanos consequebatur actor, prout furtum vel manifestum erat, vel non manifestum, *§. ult. J. de oblig. quæ ex delict. nascunt.* Ex quo provenit, quod condictio furtiva quidem adhuc hodie in usu sit, non autem actio furti, quia actiones Romanorum pœnales nunquam rece-

cepimus, de quo suo loco fusius dicetur, recte notat Lauterbach. *in Comp. Jur. h. t.* *init.* quod condictio furtiva interdum quidem actio furti etiam appelletur, sed *improprie* tamen, *v. l. 7. ff. de furt.* quod enim ibi per actionem furti condictio nostra intelligatur, satis exinde adparet, quoniam actio commodati (propter furtum a commodatario factum instituta) actionem furti tollere dicitur, & vice versa, quod ad actionem furti proprie sic dictam, tanquam pœnalem, applicari non possit.

DISTINCTIO II.

Inter condictionem *furtivam* & actiones *ex aliis delictis* orientes.

HIc tanquam prorsus singulare observandum venit, quod nulla unquam actio, ex delicto proveniens, contra heredem institui potest, *nisi aliquid ex delicto ad eum pervenerit*, vel *nisi liscum defuncto jam contestata fuerit*, *vid.* §. 1. *J. de perpet. & temp. action.* Et quamvis nonnulli hic contra communem DD. opinionem defendere voluerint, quod dicta assertio tantum de actionibus pœnalibus intelligenda sit, rei persecutoria autem indistincte contra heredes competat, sive aliquid ad eos pervenerit, sive non; nos tamen illi hypothesi subscribere nondum possumus, partim ob *cit.* §. 1. *J. de perpet. & temp. act.* quæ satis aperte actio-

nes pœnales & rei persecutorias ab invicem distinguit: partim, quia in *l.* 1. §. *ult. ff. de vi & vi arm.* expresse dicitur: *ex causa* hujus interdicti (ex delicto orientis) in heredem & bonorum possessorem ceterosque successores *in factum actio* (non ergo de pœnali sermo est) competit in id, *quod ad eos pervenit*, qui textus dissentientibus varia tormenta conciliare solet. Ast dicunt, heredes tamen factum defuncti præstare debere; Recte. Sed facta defuncti sunt duplicis generis, alia licita, alia illicita. Priora præstare tenentur heredes, neutiquam vero posteriora. Imo *injustum* lucrum heredibus extorquendum est; sed, si ad heredes ex delicto nihil pervenit, tunc quoque injustum lucrum penes eos non deprehenditur, quod illis extrorquendum sit.

Satis ergo firma manet thesis: *actiones ex delicto non dari adversus heredes*. Nunc ad exceptionem pergimus. Condictio enim furtiva indistincte contra heredes competit, *quamvis nihil ad eos pervenerit, & quamvis lis cum defuncto non fuerit contestata.* Ita habetur in §. *f. in f. J. de Oblig. quæ ex delict. & in l.* 9. *ff. h. t.* Si rationem tam diversæ decisionis desideras, DD. communiter hanc tradunt, *quia fur est in perpetua mora, mora autem obligationem semper perpetuat.* Adducunt in hanc rem *l.* 8. §. 1. *ff. h. t.* sed ibi plane alia quæstio, scilicet de interesse ob rem peremtam a fure præstando, ubi sine dubio recte applicatur adlata

ıta ratio, quod nempe tunc illud tempus ›ectandum sit, quo res furtiva plurimi fuit, oc enim & in aliis delictis locum habet. Veım, quod propterea heredes etiam conveiri possint, licet nihil ad eos pervenerit, hoc xinde non probatur. Nam quilibet delinuens, qui non in ipso momento, ubi delitum commisit, læso satisfactionem offert, ıoram committit. Ergo omnis quoque actio x delicto proveniens contra heredem cometeret, quod tamen falsum est. Manet ergo, uod hic mera decisio civilis deprehendatur, ujus ratio reddi non potest, juxta *l.* 20. *ff. de* *L.* Legem ergo non corrigimus, quod noıis non competit, sed rationem non concludee solummodo ostendimus.

LIB. XIII. TIT. IV.

De eo, quod certo loco dari oportet.

DISTINCTIO I.

Inter actionem *quod certo loco* & actionem *directam.*

UT rite judicium ferri possit, an hæc distinctio adhuc hodie in praxi usum habeat, annon? diversa supposita præmitenda erunt.

 I.

I. Quod actio *de eo, quod certo loco,* non pertineat ad contractus bonæ fidei, sed ad eos saltem, qui stricti iuris dicuntur, sive unilaterales, *v. l.* 5. 6. 7. *ff. h. t.*

II. Quod judex pedaneus in contractibus stricti juris præcise ad verba contractus adstrictus fuerit.

III. Et quod proinde dicta actio potissimum, imo unice ex distincto officio prætoris & judicis pedanei profluxerit.

IV. Qnod porro, uti ex dictis infertur, si quis centum Ephesi dare stipulatus erat, domicilium autem suum Romæ habebat, in hoc foro domicilii juxta jus civile strictum conveniri non poterat, licet solutio, prout promissum erat, Ephesi non perficeretur, *v. l.* 1. *ab init. ff. h. t.*

V. Quod autem, quia hoc iniquum videbatur, prætor hanc iniquitatem corrigere voluerit. Prætoriam enim esse actionem *de eo, quod certo loco,* DD. facile concedunt.

VI. Quod prætor, quemadmodum alias jus civile vetus illudque subtile *aperte* corrigere & abrogare non audebat: ita quoque in præsenti materia idem facere noluerit, unde actionem nostram *utilem* vocavit. Conf. omnino *l.* 1. *ff. h. t.* ubi Cajus ita: *Sed quia,* inquit,

quit, *iniquum erat, si promissor ad eum locum, in quem daturum se promisisset, nunquam accederet, quod vel data opera faceret, vel quia aliis locis necessario distringeretur, non posse stipulatorem ad suum pervenire: ideo visum est, utilem actionem in eam rem comparare.*

VII. Quod ex plurium, si non omnium confessione, actio hæc utilis non differat *realiter* ab actione directa, sed saltem adjectitia qualitate. Sic v. g. si eum, qui Ephesi dare stipulatus est, in hoc loco factæ promissionis convenio, vocatur *actio ex stipulatu*; si vero actionem in foro domicilii instituo, vocatur *actio ex stipulatu de eo. quod certo loco.* Fuse de hac materia disserit Reinhardns Bachovius *de Action. Disp. 7. part. 2. th. 3. Ex his autem*, inquit, *& quod creditorem cum commemoratione loci agere oportebat, evincitur necessario, quod ipsa actio prima, quam quis v. g. ex stipulatu sibi quæsivit, sua natura sit stricti juris, & quod ipsa actio ex stipulatus sit in judicium deducenda*: (sive potius, *in jure* proponenda id est, coram prætore, nam ita pergit Bachovius) *quandoquidem hæc ratio juris nostri est, ut obligatio & actio, prout primo constituta & nata est, sit in jure apud prætorem proponenda, qui secundum narrationem & propositionem actoris formulam dabat, & cum ea partes ad iudicem pedaneum mittebat. Itaq; in nostris terminis necesse habebat actor exponere prætori, quod Titius sibi*

pro-

promiserat centum Ephesi dari, sed quia in locum adjectum non veniret, cogi se alibi experiri, ita ut propter interesse loci permittat æstimationem & arbitrium judici, an minoris, an majoris, & omnino quanti reus sit condemnandus, juxta quam petitionem prætor formulam dabat, permissa nominatim arbitrio judicis æstimatione, & hoc ipsi formulæ inserto, (v. gr. si patet Titium decem Ephesi debere, neque in eo loco pecuniam debito tempore solvisse, judex ex arbitrio tuo condemna, Bachov. *cit. loc. thes. 2. in f.*) *nam alias actor causa caderet* (ob plus petitionem. *v. §. 33. J. de action.*) *& reus juxta naturam stricti juris judiciorum objecta exceptione actionis alibi motæ absolveretur. Quæ scilicet*, concludit, *perspicue ostendunt, unam speciem & eandem origine esse actionem, quæ alio loco movetur, sed quæ tantum novam induit qualitatem, diversam ab actionibus stricti juris, in quibus judex ad certam quantitatem, quæ in obligatione fuit, adstringitur*. Hæc ulterius prosequitur Bachovius, quæ omnia huc transscribere nimis prolixum foret. Dissentit quidem Anton. Faber *in tr. de error. pragmat. Decad. 91. error. 5.* putans actionem alio loco institutam aliam omnino a priori & prorsus non ex stipulatu esse; sed hujus singulas rationes jam fuse & acerbe simul refutatas invenies apud cit. Bachovium *d. loc.* ergo ut nos hic detineamus, operæ pretium iterum non esse videtur.

Quæ-

Quæritur ſaltem pro ratione inſtituti noſtri: Vtrum diſtinctio, inter *actionem de eo, quod certo loco*, & inter *directam* adhuchodie in foro utilitatem præſtare queat?

Sed hic porro & in anteceſſum quæritur: (1.) an adhuc hodie judices pedaneos habeamus, in contractibus ſtricti juris ad verba conventionum præciſe adſtrictos? Negatur. (2.) An adhuc hodie prætores habeamus, qui judicibus pedaneis certas formulas præſcribunt? Negatur. (3.) Annon hodie libere & aperte iniquitatem juris veteris ſubtilis redarguere liceat, quod neutiquam licebat prætori? Affirmatur. (4.) An ergo, ſi hoc licet, adhuc illis coloribus opus ſit, quibus prætor uti neceſſe habebat? Negatur, &c.

Quid ergo? Sane ſi omnia ſuppoſita illius diſtinctionis corruunt, quisnam adhuc adſtrueret, quod dicta diſtinctio utilitatem in foris Germaniæ præbere poſſit? Ergo hodie, ſive in loco promiſſæ ſolutionis, ſive ob moram, vel ex alia cauſa, in loco domicilii agatur, ſemper actio directa inſtituitur, nec adiectitia aliqua qualitate indigemus amplius. Quod enim de bonæ fidei judiciis dicitur in *l. 7. pr. h. t.* quod iis hoc per ſe inſit, ut alibi intentata pro æſtimatione loci definiantur: illud hodie eodem modo etiam

iam ad ea judicia, quæ ſtricti juris vocantur, applicari poterit.

LIB. XIII. TIT. V.

De conſtituta pecunia.

DISTINCTIO I.

Inter conſtitutum *obligatorium* & *poſſeſſorium*.

Conſtitutum *poſſeſſorium* nihil aliud eſt, quam ſpecies fictæ traditionis per brevem manum, quando ſcilicet cauſa poſſesſionis, in qua hactenus conſtitutus fui, mutatur, v. g. ſi rem meam vendo, ſed eam ſtatim ab emtore conduco, aut ſi rem, quæ hactenus ex titulo commodati, vel locati penes me fuit, jam titulo domini propter præcedentem juſtum contractum poſſidere incipio, conf. *l.* 18. *ff. de acqu. vel amitt. poſſ. l.* 77. *ff. de R. V.* item in materia pignorum, ſi debitor creditori hypothecam in rebus ſuis conſtituit cum clauſula conſtituti poſſeſſorii, vi cujus debitor rem oppignoratam in caſu moræ non proprio ſuo, ſed creditoris nomine poſſidet, atque adeo creditorem in posſesſione conſtituit; de qua clauſula vid. Mev.

P. 5.

P. 5. *Dec.* 159. 160. 350. Illustr. Dn. Stryk. *de Caut. contract. Sect.* 2. *c.* 4. §. 19.

Constitutum *obligatorium* e contrario nihil aliud est, quam geminatum nudum pactum, respiciens solutionem vel debiti proprii, vel alieni; quod prætor ad corrigendam subtilitatem juris veteris iterum introduxit, quoniam grave est, fidem (geminatam) fallere, *l.* 1. *pr. ff. h. t.* Unde in aprico est, qua ratione constitutum debiti proprii a stipulatione, debiti item alieni a fideiussione differat. Ad constitutum enim non requiruntur verba solennia, sed quælibet alia, sive oretenus prolata, sive scriptis comprehensa sufficiunt. Placet subjicere casum ex *l.* 24, *ff. h. t.* qui non parum ad illustrationem hujus materiæ conferre potest. Ita autem ait Marcellus: Titius Sejo epistolam emisit in hæc verba: *Remanserunt apud me quinquaginta ex credito tuo, ex contractu pupillorum meorum, quos reddere debebo Idibus Majis probos. Quod si ad diem superscriptum non dedero, tunc dare debebo usuras tot,* Quæro, an Lucius Titius in locum pupillorum hac cautione reus successerit? Marcellus respondit, si intercessisset stipulatio, successisse. Item quæro, an si non successisset, de constituta teneatur? Marcellus respondet, in sortem teneri. Est enim humanior & utilior ista interpretatio.

LIB.

Lib. XIII. Tit. VI.
Commodati vel contra.

DISTINCTIO I.

Inter commodatum *solius commodantis*, *solius commodatarii* & denique *utriusque causa simul* factum.

USus in diversa culpæ præstatione sese exserit. Si enim commodatum *solius commodantis* gratia contrahitur, v.g. si quis sponsæ forte suæ, vel uxori, quo honestius culta ad se deduceretur: item si quis ludos edens prætor scenicis, vel ipsi prætori quis ultro commodavit, tunc a commodatario nil præter *culpam latam* exigitur, *l.* 5. §. 10. *ff. h. t.* ubi sub voce *doli* lata culpa comprehenditur. Quod si porro *utriusque, & commodantis & commodatarii gratia* contractus celebratus fuerit, v. g. si communem amicum ad cœnam invitaverimus, tuque ejus rei curam suscepisses, & ego tibi argentum commodaverim, præstanda erit *culpa levis*, *l.* 18. *pr. vers. at si utriusque ff. h. t.* Si vero denique commodatum *solius commodatarii gratia* contrahitur, *culpa levissima* a commodatario exigitur, *d. l.* 18. *pr. h. t.*

Quod

Quod si quæritur, quid in dubio præsumatur: an scilicet *solius commodantis*, an *solius commodatarii*, an vero *simul utriusque gratia* commodatum celebratum fuerit? Tunc sine dubio pro media specie stabit præsumtio. Ordinaria enim commodati natura est, ut propter solius accipientis utilitatem ineatur, *l.* 5. §. 2. *in fin. ff. h. t.* at vero contrahentes in dubio ordinariæ legum dispositioni se conformasse censentur.

Cum sub hoc titulo communiter materia de dolo, culpa & casu fortuito generatim explicari soleat; hinc nostri quoque officii erit, ut distinctiones in hac materia occurrentes, breviter ad trutinam revocemus. Unde jam sequitur.

DISTINCTIO. II.

Inter dolum *præteritum & futurum.*

Dolus præteritus pacto remitti potest, non autem futurus, tale enim pactum ad delinquendum invitaret, *l.* 23. *ff. de R. J. l.* 1. §. 7. *ff. depos.*

DISTINCTIO III.

Inter dolum *bonum & malum.*

VOcabulum *doli*, abstrahendo a certis circumstantiis, nihil aliud denotat, quam acumen ingenii, commodum nostrum quocunque modo promovendi. Fit hoc autem duplici ratione, scilicet mediis vel *licitis*, quo casu dicitur dolus *bonus*, Germ. eine Klugheit/ Vorsichtigkeit / quo omnes licitæ cautelæ pertinent: vel *illicitis*, & tunc dolus *malus* appellari solet, Germ. Arglistigkeit / unde proverbium: Arglistigkeit ist keine Klugheit. Dolus malus in jure prohibitus, nullibi vero dolus bonus.

DISTINCTIO IV.

Inter dolum *præsumtum* & *verum*.

VErus dolus ex malitioso proposito & intentione alterum lædendi dijudicatur: *præsumtus* autem idem est, quod lata culpa, v. Lauterbach. *ad tit. ff. de dol. mal.* Has duas species accurate a se discernere, multum refert. Interdum enim promiscue usurpantur; & eadem prorsus prædicata admittunt, interdum autem non. Scilicet, quotiescunque, agitur de privato damno resarciendo, toties nihil interest, utrum ex vero, an ex præsumto alterius dolo damnu moriatur, ut ex famosa *l. 32. ff. depositi* aliisque constat. Ast, si de pœna publica imponenda agitur, tunc lata culpa vero

vero dolo non æquiparatur. Hinc homicidium dolosum aliter punitur, quam culposum, *l. 7. ff. ad L. Corn. de sicar.* Sic tutor dolo vero pupillum lædens, infamia afficitur, non autem, qui dolo præsumto læsionem infert, *§. 6. J. de suspect. tut.*

DISTINCTIO V.

Inter dolum *ex proposito* & *ex re.*

PRior producit querelam nullitatis per ea, quæ ad *tit. de dol. mal. dist.* 1. diximus; sed ob posteriorem contractus non est nullus, sed *ex l. 2. C. de rescind. vend.* alternative agendum est, vel ut suppleatur id, quod justo pretio deest, vel, si hoc alter facere recusat, ut a contractu iterum recedatur. Dolus enim ex re nihil aliud est, quam læsio ultra dimidium.

DISTINCTIO VI.

Inter culpam *commissionis* & *omissionis.*

USus hic nullus deprehenditur, præterquam ut terminos intelligamus. Propter utramque enim speciem eædem actiones competunt, non modo ex contractu, sed etiam, si ex L. Aquilia reparatio damni petatur.

Termini autem ita ſunt intelligendi. Diligentia ſcilicet, quæ culpæ opponitur, conſiſtit interdum in omittendo, interdum in committendo. Quod ſi ergo committitur, quod omittendum erat, vocatur *culpa commisſionis*, v. g. ſi quis ignem, vel candelam ardentem in eum locum adfert, ubi fœnum, ſtramen, aut alia materia uſtibilis deprehenditur; vicisſim, ſi quis omittit, quod committendum erat, culpa omisſionis vocari conſuevit, v. g. ſi quis noctu januam non claudat, & ſic res per fures auferantur, &c.

DISTINCTIO VII.

Inter culpam *malitiæ* (*ſeu verſutiæ*,) & *ignaviæ*, (*imprudentiæ* vel *negligentiæ*.)

HAnc diſtinctionem in textibus juris civilis fundatam eſſe, hactenus deprehendere non potui, in jure tamen feudali quodammodo fundata eſſe videtur, quoniam ibi omne vaſalli admiſſum vocabulo *Culpæ* ſ. *Feloniæ*, Germ. des Lehnsfehlers / denotari ſolet, *vid. Colleg. noſtr. Feudale Diſp. IIX. theſ. LII.* Quicquid tamen ſit, illa diſtinctio aperte contra regulas logicas impingit. Altera enim ſpecies, culpa ſcilicet verſutiæ, latius patet, quam ipſum genus, nihil aliud enim eſt, quam merus dolus, v. Reinhard. Bachovius *ad* §. 2. *J. quib.*

J. quib. mod. re contr. oblig. num. 3. *in fin.* Arn. Vinnius *ad eund.* §. *num.* 11. Idem ergo mihi de ista distinctione videtur, ac si quis hominem in rationalem & irrationalem distinguere conaretur.

DISTINCTIO IIX.

Inter culpam *latam, levem & levissimam.*

Qualis hujus distinctionis usus sit, ex regulis, quas D D. vulgo formare consueverunt, facile constat.

Regula I. Quotiescunque contractus *solius accipientis* utilitatem respicit, v. g. commodatum, toties ab illo accipiente *culpa levissima* præstanda est, *l.* 5. §. 2. *ff. h. t,* dans vero ad solum dolum præstandum tenetur, *l.* 61. §. 6. *ff. de furt.* & hic vocabulo doli culpam latam (ut alias in negotiis mere civilibus, vid. dist. IV.) non comprehendi existimo, ob verba *d. l.* 61. §. 6. *quin etiam paulo remissius circa interpretationem doli mali debere nos versari.*

Regula II. Quotiescunque per contractum celebratum *utriusque contrahentium* utilitas promovetur, toties uterque etiam *culpam levem* alteri præstat, *d. l.* 5. §. 2. *h. t.* v. g. in emtione, locatione, pignore &c. Quoad pignus tamen obstare videtur *l.* 13. §. 1. *ff. de*

pign. act. ubi etiam culpa levissima requiri videtur, verb. *Venit autem in hac actione & dolus & culpa, ut in commodato. Venit & custodia.* Verum cum *l.* 5. §. 2. *h. t.* & *d. l.* 13. §. 1. idem autor sit, Ulpianus, scilicet, probabile autem non sit, eundem Ulpianum sibi contradixisse, præcipue quoniam utraque lex ex eodem tractatu desumta, nempe *l.* 5. ex *l.* 28. ad edictum, *l.* 13. autem ex *lib.* 38. ad edictum, hinc quamvis alias correctioni legum non faveamus, admittenda omnino esse videtur opinio Noodtii, qui *lib.* 1. *probabil. c.* 4. ita legit, *at in commodato venit & custodia*, cui opinioni accedit, quod puncta & aliæ distinctiones, quæ in textibus corporis iuris deprehenduntur, non sint authenticæ, sed a DD insertæ. Aliter respondet Phil. Matthæi *ad l.* 23. *de R. J. num.* 80. cujus tamen responsio paulo obscurior esse videtur.

Regula III. Quotiescunque contractus ad *solius dantis* utilitatem tendit, toties saltem *culpa lata* ab accipiente exigitur, *d. l.* 5. §. 2. *h. t.* dans vero ad culpam levissimam tenetur, prout recte colligunt ex *l.* 61. §. 5. *ff. de furt.* ubi vid. Dion. Gothofred. *in not.*

Nota I. Has regulas tunc saltem locum invenire, *quando ex contractu aliquo agitur*; ast quando ex L. Aquilia ob damnum illatum alterum convenimus, tunc nulla distinctione opus, nam & culpa levissima per eam legem coercetur, *v.* §. 3. *seqq. J. de L. Aquil.*

No-

Nota II. Has regulas in iis saltem contractibus applicari posse, *quæ pro objecto rem habent*. Aliud in iis, ubi *factum* aliquod ab altero præstandum, quales sunt tutelæ administratio, mandatum & negotiorum gestio, quippe in quibus ab administrante *culpa levis* indistincte exigitur. Quantum ad tutelam attinet, omnes, credo, inter se convenire DD. quod ultra culpam levem a tutore aliquid non exigatur, propter *l.* 33. *pr. ff. de admin. & peric. tut.* & *l.* 7. *C. arbitr. tutel.* Verum quoad mandatum & negotiorum gestionem diversæ occurrunt sententiæ. Mihi analogiæ & rationi juris magis conveniens videtur, ut nec a mandatario, nec a negotiorum gestore major, quam a tutore, culpæ gradus exigi possit. Neque enim ex his etiam aliquis commodum ex gestione sua accipit. Et intuitu negotiorum gestoris rem ex *l.* 20. *C. de negot. gest.* apparere existimo, in qua quidem ab initio negotiorum gestor a tutore in eo distinguitur, quod prior *sponte* gerat, posterior *coacte*; prior item ad *omnia* expedienda non teneatur, uti quidem posterior. Verum mox quoad culpæ præstationem inter se comparantur. Et quilibet videt, quod §. 1. *in f. J. de Oblig. quæ quasi ex contr. nasc.* de casu speciali loquatur, propter verba expressa: *si modo alius diligentior eo commodius administraturus esset negotia.*

Quoad contractum mandati tanquam textus obstantes vulgo adduci consueverunt *l.* 13.

& 21. *C. Mandati*; sed non difficulter responderi posse censeo. Quamvis enim nonnulli acriter urgeant verba *d. l.* 13. *omnem* culpam a procuratore præstandam esse, v. quos citat Hilliger *ad Donell. l.* 13. *c.* 11. *Lit. E.* nil tamen obstat, quo minus & hic illam particulam ex ante adducta analogia juris & identitate rationis explicemus. Neque adeo opus est, ut cum aliis inter negotia, quæ *nullam, aliqualem* & *exactissimam* diligentiam requirunt, distinguamus, de qua distinctione vid. Brunnem. *ad d. l.* 13. Eadem responsio, quam modo dedimus, ad *cit. l.* 21. *C. Mand.* suppetit, in qua per verba: *exacto officio* nihil aliud, quam levis culpa indigitatur. Dicit enim Imp. Constantinus, quod suæ quidem rei quisque sit moderator & arbiter, id est, quod in illis etiam lata culpa non vertatur vitio; sed quod in alienis exactum officium, id est, culpa levis exigatur. Ex *l.* 23. *ff. de R. J.* denique nihil certi definiri potest. Non solum enim mandatum cum commodato; sed & cum commodato venditum conjungitur. Anne ergo in venditione etiam levissima culpa præstanda?

Sed, quod caput rei est, adhuc restare videtur. Non pauci enim sunt, qui adlatam & hactenus explicatam nostram distinctionem plane rejiciunt, inter quos Rævardus *ad l.* 23. *ff. de R. J.* Mart. Anton. del Rio *ad eand. c.* 1. Hugo Donellus *Comm. lib.* 16. *c.* 7. Struvius *S. I. C. Ex.* 19. *th.* 41. *seqq.* & *in Jurispr. Rom. Germ.*

l. 3.

l. 3. tit. 3. aph. 14. seqq. & novissime adhuc Dn. Beier *in Pos. ff. ad tit. commod. post pos. 43.* Nostrum ergo erit, ut hic quoque mentem nostram aperiamus. Cum vero brevitati studeamus, missis aliorum opinionibus, de rationibus Struvii, qui maximæ autoritatis in foro est, solum in præsenti dispiciemus.

Existimamus autem, Struvium sine causa ab opinione communi recessisse, ejusque duas regulas, quas loco trium communiter receptarum substituit, in effectu cum tribus illis coincidere. Age videamus.

Prima ipsius regula hæc est: *Dolus solum & huic proxima lata culpa præstatur in contractu depositi*, addita ratione, *quia nulla ejus* (depositarii) *utilitas versatur*; sed annon idem est, quod dicunt communiter: quotiescunque contractus ad solius dantis utilitatem tendit, toties saltem lata culpa ab accipiente exigitur. Quæ de precario addit, vulgo etiam moneri solent.

Secunda regula Struviana est: *in reliquis PLERISQVE contractibus bona fidei præstatur culpa & quidem tam levis, quam levissima.* Hæc ab initio communi sententiæ directo contradicere videntur, quippe quæ in plerisque contractibus levem solummodo culpam requirit, quando scilicet ejusmodi contractus utilitatem utriusque contrahentium intendunt; sed re exactius pensitata, opinio Struvii vel iterum cum vulgatis principiis coincidit, vel non adeo cohæret. Ita enim pergit *loc. ant. cit. aph.*

16. *præ aliis tamen contractibus ac negotiis diligentia desideratur in commodato*, *&c.* sed cur hoc? Scilicet, quia juxta ante dicta in commodato solius accipientis utilitas versatur. Minus recte ergo Struvius duas culpæ levissimæ species constituisse videtur. Quod si enim juxta illum *in plerisque* contractibus levissima culpa requiritur, in quo consistet culpa levissima *præ aliis* in commodato præstanda? Diligentiæ vocabulum, quod in nonnullis textibus occurrit, non semper denotat culpam levissimam, sed ex natura substratæ materiæ est explicandum. Quod vero interdum esse possit exceptio, libenter fatemur. Plura alio tempore.

Dantur quidem multi gradus, interdum decem etiam, vel plures, circa eandem rem, quod objicit Dn. Beier. *loc. alleg.* sed in jure respicimus ad illud, quod ut plurimum fieri, & quinam gradus plerumque adesse soleant. Eos autem ad tres a nobis explicatas species commode referri posse, nemo negare poterit, & sic quoque arbitrium judicis juxta hoc fundamentum dirigendum erit.

DISTINCTIO IX.

Inter culpam *latam* & *latiorem*.

Hujus distinctionis autorem communiter faciunt Bartolum. Sed eandem textibus juris non esse fundatam, exacte monstravit

cit.

cit. Struvius *Ex*. 19. *th.* 19. cum culpa lata & latior in illis promiscue accipi soleat. Valeat ergo Bartolus cum hac distinctione.

DISTINCTIO X.

Inter culpam *in concreto* & *in abstracto* consideratam.

Regulariter per culpam levem etiam indigitamus, quæ in abstracto est, id est, quæ penes ejusdem conditionis homines utplurimum deprehendi solet, v. g. penes plurimos patresfamilias; interdum tamen illa quoque intelligitur, quæ penes hunc vel illum hominem in rebus suis in specie deprehenditur, quod fit in iis casibus, ubi socium nobis eligimus, quia qui parum diligentem sibi socium acquirit, de se queri debet, sunt verba Caji in *l.* 72. *ff. pro soc.* Sed quid si in communionem incidimus, v. g. si nobis duobus hereditas, vel legatum aliquod relinquitur? ratio prior quidem hic non potest applicari; nihilominus tamen idem habetur in *l.* 25. §. 16. *ff. fam. hercisc.* ex ratione, quia coheres propter partem suam habuit caussam gerendi, id est, ut puto, quia unam ex rebus hereditariis sine altera vix administrare potuit. Nollem tamen propterea cum Dn. Beiero *loc. prox. cit.* statuere, quod ubique culpa levis in concreto solum præstanda veniat; non enim, nisi LL. hoc expresse permittunt, videndum est, quid fiat,

fiat, sed quid fieri debeat. At vero, si quis negligens est in rebus suis, an ego propterea pati teneor, ut in meis quoque negligenter versetur? Non videtur. Add. *Doctr. ff. h. t.* §. *XXIII.*

DISTINCTIO XI.

Inter casum *insolitum* & *insolitissimum.*

USus se exserit in eo casu, ubi quis casuum fortuitorum præstationem per pactum in se recepit, ad quam alias ex legum dispositione non erat obstrictus. Scilicet, ejusmodi pactum de casibus *insolitis* solummodo intelligitur, neutiquam vero de *insolitissimis*, qui rarissime contingunt, vel prout alii loquuntur, vix mille annis semel, quamvis hic terminus nimis laxus sit, v. Carpzov. *P.* 2. *C.* 26. *D.* 8. Gail. 2. *Obs.* 23. *n.* 10. Seb. Medic. *de casib. fort. p.* 1. *qu.* 15. *n.* 18. aliique a Lauterbachio *ad h. t.* allegati.

FINIS PARTIS I.

